



٢٨٠

مجمع الفائدة والبرهان

في شرح ارشاد الأذنان

للمفتي المحقق الميرزا محمد باقر

المولى أحمد المفسر لأن ديسلي

المؤلف في كتابه

الجزء العاشر

مؤسسة النشر الإسلامي

الثانية بجماعة المدرسين بنين السعفة



۲۸۰

مَجْمَعُ الْفَائِدَةِ وَالْبَرِّهَاتِ

فی شرح ارشاد الاذنان

للفقیه المحقق المدنی وحید عصره وفریبهم

المولی احمد المقتدر سراج الدین بیگلری

الکتب الاسلامیه علوم اسلامی

تَحْقِيقُ

الحاج المیرزا محمد باقر الخراسانی فی شرح الاذنان

الجزء العاشر

مؤسسه النشر الاسلامی

بمطبعة المدرّسین بمشرفه

جمعه داری شد
ش. احوال ۳۵۱۶۳

کتابخانه
مرکز تحقیقات کلامی و فقهی علوم اسلامی
شماره ثبت: ۰۱۱۱۰۲
تاریخ ثبت:



مجمع الفائدة والبرهان (ج ١٠)

- | | |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------|
| ■ المؤلف: | المحقق البارع الشيخ أحمد المعروف بـ «المقدس الأردبيلي» □ |
| ■ التحقيق: | الحاج آقا مجتبی العراقي، الشيخ علي بنه الاشتياردی، الحاج آقا حسين اليزدي □ |
| ■ الموضوع: | فقه □ |
| ■ طبع ونشر: | مؤسسة النشر الإسلامي □ |
| ■ المطبوع: | □ |
| ■ الطبعة: | □ |
| ■ التاريخ: | □ |

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرقة

کتاب الاجارۃ



مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کتب و مطبوعات علوم اسلامی

« كتاب الاجارة »

وتوابعها

وفيه مقاصد: الاول في الاجارة، وفيه مطلبان: (الاول) في الشرائط.

« كتاب الاجارة »

قوله: كتاب الاجارة، وتوابعها، وفيه مقاصد: الاول في الاجارة وفيه مطلبان: الاول في الشرائط.

ترك تعريف الاجارة، لظهوره، فانه قد يراد منها العقد المقتضى لانتقال المنفعة المعينة بعوض معين مع التراضي.

وقد يراد منها مجرد هذا الانتقال الذي هو ثمرته.

والبحث في التعريفات خارج عن الفن، بعد تحقق المطلوب، خصوصاً من التعريفات اللفظية التي يفعلها (جعلها - خ) الفقهاء للتذكّر (للتذكّر - خ) والتمييز في الجملة، للعارف، حتى يكون على بصيرة في الاحكام.

ومع ذلك معلوم أن المراد بالاجارة في قولهم: آجرتك ليس هذا المعنى الشرعى الذي اصطلح عليه الفقهاء، وعدوه من العقود.

فلا يرد ما اورده المحقق الثاني في شرح القواعد (١).

(١) فانه بعد تعريف الاجارة بقوله: هي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم، مع بقاء الملك على

وهي ستة:

الاول: الصيغة والايجاب (فالايجاب خ ل) آجرتك ، او أكرتتك
والقبول (و- خ) هو قبلت.

ولا يندفع بالتعريف الثاني (١)، اذ ما يقصد بلفظ آجرتك ، تملك المنفعة
المعينة في المدة المعلومة بعوض معين، - كما قاله في شرح القواعد أيضاً.
وان الهبة (٢) الموضوعة بالمنفعة، والوصية كذلك، وعقد النكاح بمهر يكون
منفعة- دائماً كان او منقطعاً- خارج عن التعريف، اذ المقصود أن جنس العقد من
حيث هو يقتضي ذلك، ويكون ثمرته، كما هو المتبادر، ولو لم يندفع به لم يندفع
بعقد شرعي، موضوع لنقل المنافع الخ.
فلا يرد ما اورده في شرح القواعد (٣) على أنه يرد الاشكال الاول (٤)
فتأمل.

قوله: وهي ستة الاول الصيغة، فالايجاب آجرتك، او أكرتتك،
والقبول، وهو قبلت.

اصله- قال مالفظة: هذا بيان حقيقة الاجارة شرعاً، لكن يشكل على جعل الاجارة هي العقد (آجرتك) وهو
الايجاب، فإنه لا يبراد به العقد انشاءً والا اختباراً، لأن القبول عن المتأجر.

(١) في بعض النسخ المخطوطة والمطبوعة (وان الهبة المينة الموضوعة) والصواب ما أثبتناه.

(٢) فإنه قدس سره بعد نقض التعريف الاول: بالوصية والهبة والصداق، قال ما هذا لفظه: ولو قال:

عقد شرع (وضع- خ) لنقل المنافع الخ يسلم عن هذا.

(٣) قال بعد ما نقلناه منه، ما هذا لفظه: واعلم أنه يرد على التعريف، الوصية بالمنفعة في مقابل عوض

واهبة كذلك، وجعل المنفعة المعينة صدقاً، ولا يقال: ان الموض- وهو استحقاق الانتفاع بالبيع- غير معلوم، لأننا
نقول: هو في التهمة معلوم.

ورجاء دفع ذلك بقوله: (تسرقه) لأن شيئاً من الحقوق المذكورة ليس ثمرته هذا. وفيه نظر، لأن ذلك وان

لم يكن ثمرة للعقد الذي ه نفس الهبة، فإنه ثمرة بعض انواعه، وهو العقد لاعمالة، فيتحقق النقض به.

(٤) هو قوله قدس سره: اذ ما يقصد بلفظ آجرتك... الخ.

اراد بالشروط هنا مايعم الاجزاء التي هي الاركان، والشرايط الخارجة التي لايتحقق العقد الا بها.

اولها الصيغة المشتملة على الايجاب والقبول الدالين صريحاً بنقل المنفعة المعينة بعوض معين، فالايجاب مثل آجرتك، واكرتتك، ومايؤذي معناهما، والقبول مثل قبلت، ورضيت، ونحوهما.

وقال في شرح الشرايع: لما كانت الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار لفظها في الالفاظ المنقولة شرعاً، الممهودة لغة.

وقال في شرح القواعد: ويشترط فيه كلاً ما يشترط في مثله من العقود اللازمة، على ما سبق، مثل العريّة، ووقوع القبول على الفور الخ.

قد ادعى الاجماع على كونه من العقود اللازمة في شرح القواعد (١)، ويؤيده عدم وجدان الخلاف، وأن الاصل في العقود هو اللزوم، لمثل اوفوا بالعقود (٢)، والمسلمون عند شروطهم (٣).

ولكن ما عرفت لزوم ما ادعى لزومه في العقود اللازمة، من العريّة، حتى في الاعراب، والبناء، والمخرج، والمقارنة، والالفاظ الخاصة.

وكذا دعوى انحصار لفظه في المنقول شرعاً (منها - خ) مع عدم وجود خبر في امثال ذلك.

نعم قاله الفقهاء (رض)، حيث وجدوا مناسبة (مناسبة - خ) لمعناه اللغوي، واصطلحوا على ذلك، من غير ذكر نقل في ذلك من الشارع، ولو كان لنقلوا، ولو نقل لوصل، وهو ظاهر.

(١) حيث قال: وهو (أي عقد الاجارة) لازم من الطرفين بالاجماع.

(٢) المائدة: ١٠٦.

(٣) الوسائل: باب ٤٠ من ابواب المهور (من كتاب النكاح) الرواية ٤.

ومجرد ذكرهم ذلك لا يدل على الحصر، ولزوم الشرايط، اذ ليس بدليل،
الا ان يكون مجمعا عليه، وقد عرفت مافيه، ولهذا اختلفوا في مثل انعقاده في تقديم
القبول، وفي انعقاد الايجاب بمثل ملكتك كذا، أو اعرتك كذا الخ.
وتردد في الشرايع في مثل قوله: بعتك هذه الدار اذا قصد الاجارة، وان
قال في شرحه: ظاهر التذكرة الاجماع على عدمه، لأنه نسبة الى علمائنا وغير ذلك.
وبالجملة ما فهمت اشتراط الصيغة الخاصة في العقود اللازمة، ايضا، غاية
ما يمكن ان يقال: إنه علم اللزوم بها بالاجماع، ويبقى الباقي على عدم، والاصل عدم
اللزوم، وعدم نقل ملك شخص الى آخر.
ولكن الاستدلال بمثله مشكل، اذ يلزم رد جميع المختلفات، مثل تقديم
القبول، وكون الواحد طرفي العقد، وغير ذلك من الخلافات، في العقود وغيرها.
مع ان المشتراط مثل المحقق الثاني لا يقول به.
على أنه قد يدفع بأنه قد ورد الاذن بالاجارة (مثلاً - خ) من الكتاب
والسنة والاجماع.

قال في التذكرة: هذا العقد جائز بالنص والاجماع، قال الله تعالى: فَإِنْ
أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ^(١)، الى قوله: وقال تعالى: يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ^(٢)
ونقل الآية، ونقل قصة الخضر وموسى عليهما السلام: فوجدنا فيها جداراً الآية^(٣).
والأخبار على ذلك كثيرة من العامة والخاصة، كما ستسمع بعضها.
وأنه عقد، وكلما (فكلما - خ) صدق عليه عقد الاجارة يكون متبعاً^(٤).
ولا شك في صدقه بتقديم القبول، ومع اتحاد الموجب والقابل، بل وعلى

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الكهف: ٧٧.

(٣) القصص: ٢٦.

(٤) الى هنا عبارة التذكرة (كتاب الاجارة ج ٢، ص ٢٩٠).

ولا يكفي ملكتك ، ألا أن يقول : ملكتك سكنها سنة مثلاً ،
أو أعرتك ، ولا ينقد بلفظ البيع .

كل ما يفيد نقل الملك ، ويدل عليه صريحاً ، بأي لفظ كان ، على ما هو مقتضى
تعريفهم إياه ، والاصل عدم اشتراط شيء آخر ، مثل العريّة والمقارنة ، وفي العريّة
الاعراب والبناء ، وغير ذلك مما شرطوا ، على أن ما شرطوه الخ ، ما ثبت بالدليل ،
ونخرج .

وايضاً الظاهر أنه لا ينقد بالمعاطاة ، كما تقدم في البيع ، وقد مر هناك
ما إذا توّمل لكفى ، فتأمل .

قوله : ولا يكفي ملكتك ، ألا أن يقول الخ . لما كان التملك مفيداً للملكية
فيما يضاف إليه ، فلو اضيف الى الدار مثلاً ، ما يفهم منه ألا تملك (تمليك - خ)
العين ، وليس ذلك باجارة كما عرفت ، فإذا اريد (١) الاجارة بمثله لا بد أن يضاف
الى المنفعة ، مثل أن يقول : ملكتك سكنى هذه الدار سنة بهذا .

ولا يصحّ أعرتك ، سواء اضيف الى العين او الى المنفعة ، بل لا معنى
لاضافتها الى المنفعة ، لأن معنى العارية اعطاء عين لينتفع بها المعطى مجاناً ، فعناء
(فعناها - خ) ينافي معنى الاجارة ، لأنه يقتضى العوض .

ولا يبعد اخراجها عن ظاهرها ، بما يخرجها عنه صريحاً ، مثل أن يقول :
اعرتك هذه البنية (الدار - خ) بكذا ، غاية ما يكون (٢) مجازاً ظاهراً ، لقريضة ظاهرة ،
بل صريحة ، بحيث لا يحتمل غير المجاز ، ولا مانع (اذلا مانع - خ) منه لغة ولا عرفاً ،
ولا شرعاً ، كما في لفظة ملكتك .

نعم لو ثبت كون صيغة الاجارة متعلقة من الشرع ، وليس هذه منها ، لصحّ

(١) قوله قدس سره : فإذا اريد الخ جواب لقوله : لما كان .

(٢) هكذا في جميع النسخ المخطوطة والمطبوعة ، ومعناه أن غاية الامر كونه مجازاً بحسب الظاهر .

ويشترط فيه جواز تصرف المتعاقدين، فلا تمضي اجارة المجنون

عدم الانعقاد بها، ولا يكفي مجرد كونه عقداً لازماً، ودعوى أنَّ التحوُّر بمثل هذا يخرجُه عن كونه لازماً كما قاله في شرح الشرايع في شرح قوله: وكذا اعرتك، لتحقيق القصد إلى المنفعة، مشيراً إلى اتحاد وجه الصحة في الكل، وهو قصد نقل المنفعة مع صلاحية اللفظ في الجملة (١).

والظاهر أنَّ قوله: أو اعرتك عطف على قوله: ملكتك الخ (٢) وليس فيه استثناء (الآ ان يقول الخ) اذ لا يخرج اضافة اعرتك الى سكنائها، من عدم الصحة، بل لامعنى لها.

وقد مر ما يفهم البحث منه في عدم انعقادها بنحو البيع مثل بعثتك هذه ابدان او منفعتها سنة بكذا.

وأنه فهم الاجماع من التذكرة (٣) مان: كان اجماعاً، فلا كلام، ولكن فيه الكلام، والآ فالظاهر ان لامانع من الانعقاد اذا علم القصد، فإنَّ الظاهر أنه يكفي مع صلاحية اللفظ في الجملة، وان كان موضوعاً ومتعارفاً في الاصل لنقل الاعيان، وهو وجه التردد في الشرايع فتأمل.

قوله: ويشترط فيه جواز تصرف المتعاقدين (المتعاملين -خ) فلا

(١) قال في المسالك عند شرح هذه الجملة، ملاحظة: ووجه الصحة ما اشار اليه بقوله (لتحقق القصد الى المنفعة) والمراد ان الاحارة لما كانت لا تقتضي ملك المستير للمعين -والفائدة تبسيطه عن نعمة ومساكنه لا سيما انها - كان -حلالها مبركة تملك للمنفعة فيصح اقامتها مقام الاحارة، كما يصح ذلك بلفظ انلك، والحق ان العارية لا تقتضي اباحة المنفعة لا تملكها والموس لا يدخل في ماهيتها، بخلاف التمليك فإنه يباح المعوض، ولا يمكن أنَّ التحوُّر على ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولكن الظاهر زيادة كلمة (آه) كما لا يخفى: وفيه اشارة الى رد كلام المسالك

مراجع.

(٣) قال فيها: فنقول في الايجاب بعثتك مضعة هذه الدار شهر أبعد لم يصح عبدا الى آخره (ج ١ ص ٢٩١).

والصبي المميز وغيره، وان اجاز الولي ولا المحجور عليه للفسخ والفلس، ولا العبد الا باذن المولى.

(الثاني) ملكية المنفعة إما بانفرادها، او بالتبعية للاصل، ولو شرط استيفاء المنفعة بنفسه، لم يكن له ان يوجره.

تمضى اجارة المجنون والصبي المميز وغيره، وان اجاز الولي، ولا المحجور عليه للفسخ والفلس، ولا العبد الا باذن المولى.

وجهه ما تقدم غير مرة، فلا يصح اجارة المجنون حال جنونه، وهو ظاهر، لعدم القصد، ولا الصبي الغير المميز، فانه بمنزلة المجنون والبهائم، وكذا المميز، مع عدم اجازة الولي، ان ثبت كونه محجوراً عليه.

وأما مع الاذن فالظاهر الجواز كما مر غير مرة، ويؤيده قبول وصيته بالمعروف وصيرها كما ورد به الرواية (١) وقد تقدمت، ولا المحجور عليه للفسخ، ولا يبعد هنا ايضاً الجواز مع تجويز الولي، ولجورد التكلم بالصيغة، لا تسليم المال والمنافع إليه بالاستقلال.

وكذا المفلس بالنسبة الى الاعيان التي حجب عليها.

ولا العبد الا باذن المولى، وان قلنا انه يملك، كما هو ظاهر الادلة، كما مر غير مرة، ان ثبت كونه مع ذلك محجوراً عليه في ماله، كما هو ظاهر كلامهم، بالتأمل (مع التأمل - خ) فيه.

قوله: الثاني ملكية المنفعة الخ. دليل اشتراط ملكية المنفعة للمؤجر بما بالاصالة بان يكون مستأجرة له من غير اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه بحيث يفهم عدم الاجارة لغيره، فلو شرط الاستيفاء (استيفاء - خ) المنفعة بنفسه، او عدم الاجارة لغيره لا يجوز، للشرط، وأما بالتبعية بان يكون مالكا للاصل، فيتبعه

ولو آجر غير الملك وقف على الاجارة.

(الثالث) العلم بها إما بتقدير العمل، كخياطة الثوب، او
بالمدة كالخياطة يوماً.
ولو جمعها بطل.

المنفعة ظاهر.

والظاهر أن المراد بالملكية تصرفه وسلطنته على المنفعة بوجه شرعي، بحيث
له التصرف بمثل الاجارة وغيرها، وإن لم يكن ملكاً، مثل ان يكون وفقاً مع القول
بعدم تمتك الموقوف عليهم.

قوله: ولو آجر غير المالك وقف على الاجارة. معلوم توقف صحة هذا على
جريان الفصول في الاجارة.

وفيه تأمل، اذ لا دليل عليه الا رواية عروة (١) وهي في البيع والشراء.

قوله: العلم بها إما بتقدير العمل كخياطة الثوب الخ. أي الشرط
الثالث كون المنفعة التي يقع عليها العقد معلومة بين المتعاقدين (المتعامدين - خ)
بحيث ينتفي (ينفي - خ) الفرع كما شرط في البيع ونحوه.

ولعل دليله ذلك، ولا يبعد الاجماع، وذلك إما بتقدير العمل المطلوب
والمنفعة المطلوبة، كخياطة الثوب المعلوم بخياطة معلومة، وحل الدابة الى موضع معين مع
تعيين الحمل، او بالمدة المعلومة، بحيث لا يزيد ولا ينقص، كالخياطة يوماً او ليلة او
شهراً.

قوله: ولو جمعها بطل. أي لوجع بين تعيين العمل والمدة - بحيث يكون
العمل يتم بتمام المدة، مثل ان يخيط هذا الثوب في هذا اليوم، بمعنى أنه لا يزيد
احدهما على الآخر - بطل، لأنه غرر ولأن استيفاء العمل في تلك المدة قد لا يتم،

(١) راجع عوالي اللئالي: ج ٣، ص ٢٠٥ تحت رقم ٣٦ وما علق عليه.

وليس للاجير الخاص العمل للغير الا بالاذن، ويجوز للمشارك .

بل اتفاقه نادر، فكأنه استأجره بما لا يقدر عادة، فتأمل .
الا ان يكون الغرض فعله في تلك المدة، وان ذكر التطبيق للمبالغة، فلا يبعد الصحة، كما نقل عن المختلف لعدم المانع، ووجود مقتضي .
قوله: وليس للاجير الخاص العمل للغير الخ. هو الذي يتعين عمله بالزمان الشخصي الذي يجب صرفه مضيئاً في العمل الذي استأجر عليه، لأنه اذا وقعت الاجارة على عمله في مدة معينة صارت منفعة المطلوبة في تلك المدة للمستأجر، فلا يجوز له صرف عمله الذي استأجر عليه وصرف زمانه المستأجر فيه في فعل ينافي العمل الذي استأجر عليه لامطلقاً، فيحوز للحياطة التعليم والتعلم مع الخياطة، وكذا العقد ونحوه مما لا ينافيه بوجه، وهو ظاهر .

وليس هو كالتكلم مع عبدالغير بغير اذنه بالاذن الفحوى (١)، كما قاله الشهيد الثاني .

ولا يجوز لغيره ايضاً استعماله فيما ينافيه، وهو ظاهر .
ويمكن فهمه من بعض الاخبار مثل ما في صحيحة اسحق بن عمار قال :
سألت ابا ابراهيم عليه السلام، عن الرجل يستأجر الرجل، بأجر معلوم فيبعثه في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول اشتر بهذا كذا وكذا، وما ربحت بيني وبينك ؟ فقال : اذا اذن له الذي استأجره فليس به بأس (٢) .
فإنها تدل بمفهومها على البأس بكون الاذن، فيمكن حمله على التحريم، مع كونه اجيراً خاصاً فتأمل .

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، باذن الفحوى .

(٢) لوسائل: باب ٩ من ابواب كتاب الاجارة الرواية ١ .

فان عين مبدأ المدة صح، وإن تأخر عن العقد.

بخلاف الأجير المشترك، والمراد به الذي استوجر على ان يعمل عملاً معلوماً في زمان معين كلّي كيوم، إتمام مع تعيين المباشر او مطلقاً، فإنه يجوز له العمل لغيره ايضاً، لأنه يجب عليه ان يعمل ذلك العمل بنفسه او بغيره ايّ زمان اراد، فلا يتنافيه عمل آخر لغيره، ومالك المستأجر عمله ومنفعته، بل له عليه ذلك العمل مطلقاً.

الآ بان تكون هناك قرينة دلت على كونه في زمان خاص، كما قيل في الحج فيصير أجيراً خاصاً، او قلنا بوجوب العمل حين الفراغ من العقد بلا فصل مطلقاً، مع عدم تعيين الزمان او مع القرينة، فيمكن عدم جواز عمل غيره هنا ايضاً، لأن الأمر مستلزم للنهي، ولكن لم تكن منفعته ملكاً للمستأجر في غير القرينة وعدم تعيين الزمان والمباشر، فأنهما يرجعان الى الخاص، فلا تبطل الثانية، الآ ان تكون للعبادة، ان قيل بعدم الصحة للاجارة الثانية لمن اشتغل ذمته بها، والفرق بين الأجير الخاص والمشارك، وبين الملك وعدمه، وبين العبادات وغيرها - ظاهر.

والظاهر أن ما وقع للأجير الخاص من الاجارة بغير اذن المستأجر يكون باطلاً، الآ ان يقال بالفضولي وأنه مثله واجان فصحت مع الشرايط، فلو عمل بغير اذنه يكون احرة مثله له.

ثم اعلم بأن الاجير الخاص لا يجوز له الحمل لغيره، كآنه ممّا لا خلاف فيه.

وجهه أنه يجب العمل للمستأجر فلا يجوز صرفه لغيره ومرححه أن الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده.

واست تعلم أنه الضد الخاص، فلا يبقي منع ذلك من القائل به.

قوله: فان عين مبدأ المدة صح الخ. يعني اذا استأجر على عمل في مدة معينة فان عين مبدأها صح، ولزم الابتداء من المعين، وإن تأخر المبدأ عن وقت

والا اقتضى الاتصال.

لفراغ من العقد، ولم يكن العمل الى تلك المدة جازياً للأجير، بان يكون مشغولاً
ذنته لغيره.

وكذا لو كانت العين مشغولة بان تكون مستأجرة.

ولعل دليله عموم ادلة جواز الاجارة وعدم المانع، اذ ليس الا التأخير ولم
يثبت كونه مانعاً، لا عقلاً ولا نقلاً، والاصل عدمه، خصوصاً اذا لم يكن العمل
جازياً للأجير بعده.

نعم قد يتخيل لزوم الابتداء من حين الفراغ من العقد بناءً على العرف،
ولهذا ينصرف الاطلاق إليه، ولهذا اشترط في الوكيل (التوكيل - خ) جواز لعمل
للموكل حين الوكالة.

ولكن عموم الادلة والاصل يدل على عدم الاشتراط، ولولا نقل الاجماع
وعدم القول بعدمه. لكان القول هناك ايضاً متعيناً.

وانصرف الاطلاق لاينافي التأخير مع التعيين .

قوله: والا اقتضى الاتصال. أي وان لم يعين مبدأ المدة اقتضى العقد
كون ابتدائها متصلاً بالعقد، فيكون أولها من اخر العقد، لأنه مقتضى العرف
بحيث صار وضعاً (عرفياً - خ) فكأنه قال: آجرتك شهراً يكون أوله من حين الفراغ
من العقد، فلا يحتاج الى التقييد حتى لو لم يفعل لبطل، كما هو مذهب لبعض،
كما يفهم من الشرايع ومختار شارحه (وشرحه - خ) وان كان انحوط، خروجاً عن
الحلاف.

ولا يبعد السطون على تقدير الاطلاق وعدم العرف للجهالة.

ويحتمل الصحة والاختيار الى العامل مالم يؤد الى التأخير المخل عرفاً، مثل

ان يستأجر للعمل من دون تعيين زمان.

والاصل وعموم الادلة دليله.

وتملك المنفعة بالعقد، كما تملك الاجرة به.

وكذا لا يبعد البطلان مع الاطلاق واقتضائه الاتصال او لقيدها كانت
المنفعة بعد العقد مستحقة للغير، لأنه كالاجارة المستأجرة.

ويحتمل في الاطلاق كون الابتداء بعد خروج (تلك - خ) المدة، خصوصاً
مع جهل المؤجر، فينصرف كون اولها الى المدة التي يجوز اجارته، عملاً بمقتضى عموم
ادلة صحة الاجارة، واصل عدم اشتراط كون اولها من حين العقد، وخرج ما دام
تكن المدة مستحقة باقتضاء العرف مع الامكان، وبقي الباقي، فتأمل.

قوله: وتملك المنفعة بالعقد كما تملك الاجرة به. أي اذ تم العقد
تصير المنفعة مملوكة للمستأجر، كما كانت مملوكة من قبل لمؤجر، يفعل بها ما يريد
في المدة المعلومه، فيجب تسليمها بتسليم العين الى مالكها مع الطلب، ولا يجوز منعه
عنها كساير الملاك عن املاكهم، كما تملك الاجرة بذلك، فيجب تسليمها
كالعين المستأجرة، **لعينها وتسلم.**

ويمكن حوازم منع كل واحد عتاً في يد صاحبه الذي انشغل اليه، حتى
يتسلم حقه، كما قيل في البيع والشراء.

هذا في غير العمل مثل الخياطة، فإنه يجب عليه العمل، ولا يجب تسليم
الاجرة الا بعد كمال العمل.

وقيل بعد تسليم الثوب الى مالكه مطلقاً، وهو مختار الشهيد الثاني رحمه الله
وقيل ان لم يكن في ملكه فإنه تحت يده (١).

(١) توضيح هذه العبارة يتوقف على نقل عبارة الشرايع وشرحه في الشرايع ويستحق الأخير الأجرة
منه من العمل سواء كان في ملكه او ملك المستأجر ومنهم من فرق انتهى. وقال الشهيد الثاني (في المسالك في
شرحه): وما نقله من الفرق قول ثالث، فإنه ان كان في ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه لأنه يده تبعاً لملكه،
ولأنه غير مسلم للاخير في الحقيقة وأنا لست امان به في شمله كما يستعين بالوكيل، وان كان في ملك الأخير توقف،
وهو وسط وجه الوجه من اطلاق المصنف انتهى.

واذا سلم العين ومضى (مضت خ) مدة يمكنه الاستيفاء، لزمه الاجرة، وان لم ينتفع، وكذا لو مضت مدة يمكنه فيها قلع الضرر.

والظاهر الوجوب مع الطلب واكمال العمل، لأنه ملك الاجرة بالعقد. كانه لا خلاف فيه ولا مانع سوى اكمال العمل للطلب والاستحقاق، وقد حصل.

فالدليل والاصل يقتضي عدم مانع آخر وشرطية التسليم حتى قيل انه لا يجوز تسييم الاجرة للموصي الى الاجير في العبادات، الا مع اذن الموصي صريحاً او فحوى، الا ان يكون العمل موقوفاً عليه كالحج، فلو امتنع يمكن فسخه للأجير بن انعساخه، وان كن هو ايضاً مالئاً للاجرة، وتظهر الفائدة في النماء ان كانت عيناً. والفرق بين العمل ومنفعة الاعيان كالدار، هو أن العمل مقدور للعامل، فيعمل، ثم يأخذ حقه، بخلاف المنفعة فاهلها تستوفى باستعمال المستأجر مع مضي الزمان، وليس على الموجب الا تسليم العين وقد فعل وليس عليه استعماله ومضى (امضاء - خ) الزمان، وهو ظاهر، فافهم، مكانه لا خلاف فيه.

قوله: واذا سلم العين ومضت مدة يمكنه الاستيفاء، لزمته الاجرة، وان لم ينتفع، وكذا لو مضت مدة يمكنه فيها قلع الضرر. وجه لزوم الاجرة بعد تسليم العين المستأجرة للانتفاع - مع عدم ما يمنع ذلك من جانب الموجز ومضي مدة يمكن الاستيفاء وان لم يستوف ولم ينتفع بها - ظاهر، بل اللزوم بمجرد العقد ورفع اليد، كما مر.

وكذا لزوم اجرة الآلة لو استأجرها لقلع الضرر، او استأجر عبداً لذلك، ومضت مدة يمكن القلع، مع بقاء الموجب. ولكن لو تأخر مدة يسيرة، ويريد القلع بعدها، فايجاب اجرة اخرى لذلك محل اشكال.

ولو زال الألم عقيب العقد بطلت، ولو تلفت العين قبل التسليم، أو عقبه بطلت، ولو كان بعد مدة بطل في الباقي.
ولو استأجر للزراعة، ما لا ينحسر عنه الماء لم يجز، لعدم الانتفاع، ولو كان على التدرج لم يجز، لجهالة وقت الانتفاع.

وليس بعيد اذا مصت مدة يكون لها الاجرة في مثل تلك المدة.
هذا بخلاف ما اذا كان الأجير حرّاً، فإنه لا يلزم الاجرة حتى يعمل، لما تقرّر عندهم أنّ منافع الحر لا تضمن الا بالاستيفاء، بخلاف غيره، والاصل دليل (دليله - خ) مع عدم ظهور الخلاف، فتأمل، نعم لا بد من ذلك اذا ندم عن القمع بعدها.

قوله: ولو زال الألم عقيب العقد بطلت الخ. أي لو زال ألم الضرس بعد العقد، لكن قبل مضي زمان يمكن القلع فيه عادة لم يلزم اجرة الآلة، ولا العبد، لأنّ الاجرة موقوفة على الفعل، أو على مضي زمان يمكن الفعل، وصحة العقد في ذلك الزمان، وهنا ليس كذلك، فهو عرص البطلان على العقد، بطلت الاجرة بطلانه، فلا يلزم شيء، وهو ظاهر، كما لو بطل العقد تلف العين المستأجرة بعد العقد، وقبل مدة يمكن استيفاء منفعة ما عاده ولو كان بعد مدة يمكن الاستيفاء في الجملة بطل العقد في الباقي، ويلزم احرة ماضى من الزمان (بالسبة - ح).

قوله: ولو استأجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء الخ. أي لو استأجر ارضاً للزراعة، ولا يمكن زراعتها لعدم حسر الماء، أي لعدم قطع الماء عن تلك الارض بحيث يمكن زرعها المستأجر له، لم تجز تلك الاجارة، لعدم الانتفاع المطلوب، فكأنه استأجر ما لا نفع له، ومن حلة شرط العين المستأجرة أن تكون مما ينتفع بها، وهو (فهو - خ) غرن بل اعظم، بل سفه، وتضييع للمال.
ولو كانت مما ينقطع عنها الماء لكن بالتدرج شيئاً فشيئاً لم يجر ايضاً،

ويشترط تعيين المحمول بالمشاهدة، أو بالكيل، أو بالوزن (الوزن - خ) والراكب، والمحمل، وقدر الزاد، وليس له البذل مع الفناء (الغنى - خ) إلا بالشرط، ومشاهدة الدابة المركوبة وصفها (أو وصفها - خ).

ويلزم الموجر آلات الركوب، كالقنّب والحزام ورفع المحمل وشده واعانة الراكب للركوب، والنزول في المهمات المتكررة، ومشاهدة

للجهة الموجبة للغرر ايضاً، اذ لم يعلم اتي مقدار ينقطع عنها الماء، ويصح لزراعة ولو عم، واستأجر ذلك المقدار لصح مع الشرط (الشرايط - خ) بعير نزع.

قوله: ويشترط تعيين المحمول بالمشاهدة أو الكيل أو الوزن الخ. دليل وجوب العلم بالمحمول. اما بمشاهدته أو كيّله أو وزنه - طاهر، وكذا الراكب والمحمل الذي يجلس فيه الراكب، إلا ان يكون متعارفاً معلوماً لا تفاوت فيه، فيصرف فيه، وكذا تعيين قدر الراد الذي يحمل.

ومعلوم ان ليس له حل بدل ما اكل وفنى من الراد إلا مع الشرط، لأن العادة في الراد ذلك.

هذا في استيجار الدابة للحمل وكذا تعيين السير، إلا ان يكون معلوماً، عرفاً وكذا تعيين منتهى السفر، وكذا تعيين الدابة الحاملة والمركوبة بالمشاهدة و الوصف الرابع لجهالة، إلا ان يكون المستأجر في الذمة بمعنى أنه استأجر الحمل هذا مثلاً على شيء الى الموضع الفلاني، فلا يحتاج الى وصف ومشاهدة، نعم يجب عليه الى محل الشرط على وجه لا يضربه اصلاً فيضمن (١).

قوله: ويلزم الموجر آلات الركوب كالقنّب والحزام الخ. أي يدرم على

(١) يعنى يجب الحمل على المستأجر الى محل الشرط على وجه لا يضرب بالحمول ولا فيضمن.

الدولاب، والارض المطلوب حرثها.

وتعين وقت السير، مع عدم العادة.

ومشاهدة العقار او وصفه بما يرفع الجهالة.

وتعين ارض البئر، وقدر نزولها، وسعتها.

فلو انهارت لم يلزم الأجير ازالته.

ولو حفر البعض رجع بالنسبة من اجرة المثل.

مؤجر الدابة الات الركوب كالقنب أي رحل الحمل، والحزام أي ما يشد على الحمل، او تحته لضبط الرحل ورفع الحمل وشده على الدابة واعانة الراكب للركوب والنزول في المهمات. ولو تكررت، مثل الطهارة والصلوة وغير ذلك مما يقتضيه العرف، ألا ان يكون عرفاً يقتضي عدم ذلك، فيتبع، ومشاهدة الدولاب المستأجرة وبشرها ومحمل دوران الدابة وغيرهما، مما لا بد ويتغير بها الاغراض.

وكذا مشاهدة الأرض المطلوب حرثها، والظاهر أن العلم بها يكفي، ولو بالمشاهدة.

وتعين وقت السير مع عدم المادة كما في الحاج، ينبغي تقديم هذا في المتن فإنه من تنمة استيجار الدابة.

ويشترط مشاهدة العقار المستأجرة او وصفه بما يرفع الجهالة.

وتعين ارض البئر التي استوجر لحفرها فيها، فإنها تتعاضد بالصلابة والليانة، وقدر نزول البئر وسعتها.

وحه الكل عدم الغرر على ما قالوه، فتأمل.

ولو حفر بعضها (بعضاً خ ل) ثم انهدم لم يجب على الاجير ازالة ما انهدم بل

عليه الحفر المقرر منه (مع ح ل) وازالة ترابه الخارج لاعمير، وهو ظاهر.

قوله: ولو حفر البعض رجع بالنسبة من اجرة المثل. أي لو حفر

ومشاهدة الصبي المرتضع، لا اذن الزوج، الا مع منع حقه،
ولا يجب تقسيط المسمى على أجزاء المدة.
ويجوز استيجار الأرض لتعمل مسجداً.

بعض البثر ثم تعذر حفر الكل بانهدام ونحوه او أبطل صاحبه ورضي الاجير،
فتماصف وعجز الاجير، فالظاهر أنه يرجع في الكل الى الاجرة بالنسبة الى ما فعل
أي يأخذ من المسمى ما نسبته اليه كسبة اجرة المثل المحذور الى اجرة المثل، وهو
ظاهر، وقد مر مثله.

قوله: ومشاهدة الصبي المرتضع الخ. لابد لعقد الرضاع من مشاهدة
الصبي المرتضع.

الظاهر أنه يكفي هنا الوصف ايضاً، وكذا المراجعة.

ولا يشترط اذن الزوج في انعقاد عقد الرضاع لزوجته الا مع منع حقوق
الزوجية مثل المضاجعة، او يحصل ماتفر (يتفرخ) منه الطبع من كثرة الارضاع،
اذا كان مستنزماً لذلك خارجاً عن العادة.

قوله: ولا يجب تقسيط المسمى على أجزاء المدة. أي لا يجب ان يقسط
أجزاء لاجرة المعلومة على أجزاء المدة في المقعد، بان يقال نصفه لنصفه وعشره
لعشرها.

وتظهر المائدة بأنه ان تعذر العمل وبطل بوجه، فان قسط فلو كان المائت
نصفاً يكون الساقط من الاجرة نصفاً، وان كان بحسب النفع أدون او اكث
بحلاف عدم التقسيط فيمكن بالنسبة، كما تقدم، فتأمل.

قوله: ويجوز استيجار الارض لتعمل مسجداً. لا مانع منه وعموم ادلة
المسجد. والاجارة مع عدم ظهور مائع. بقتضيه فالمراد (والمراد - خ) بالملكية في
المسجد ونحوه هو ملكية المنفعة، ولكن في بعض قيود المحقق الشيخ علي، أنه لا تثبت
حرمة المسجد.

والدراهم والدنانير.

ولو زاد المحمول، فان كان المعتبر المؤجر فلا ضمان، وعليه الرد، وان كان المستأجر ضمن الاجرة، ونصف الدابة، ويحتمل الجميع، وكذا الاجنبي.

كأنه يريد أنه يصير مثل المسجد الذي يفعله الانسان في دهره مع بقائه على الملكية، فيحصل ثواب المسجد دون احكامه، من عدم لبث الجنب، وادخال لنجاسة، وكونه وقفاً.

وهو محتمل، ولكن الطاهر هو الاول من كلامه، ولم نجد مانعاً لا عدم كون الاصل وقفاً، ومانعاً اشتراطه، وان كان ظاهر العبارات ذلك، فتأمل. قوله: والدراهم والدنانير. أي يجوز استيحارهما، لاشك في ذلك لو حصل منها نفع محل مقصود للعقلاء شرعاً.

قوله: ولو زاد المحمول الخ. لو قرر المحمول بمقدار معين، فحصل على حامله، فحصل عليه ضرر من الحمل، فان لم يكن الحمل زائداً فلا ضمان ولا إثم على صاحب الحمل، وان كان خارجاً عن طاقته فالإثم على صاحبه والقادر على منعه العالم به.

وان كان زائداً، فان كان المعتبر (له - خ) المؤجر الذي هو صاحب الحمل فلا ضمان ايضاً، وعليه رد الزائد الى صاحبه، بل في مكان (مكانه - خ) الذي حله عنه ان اراد مالكة.

وان كان المعتبر هو المستأجر وصاحب الحمل، ضمن احرة الزائد ونصف الدابة، ان تلفت، ونصف ارش النقص والعيب ان حصل، ويحتمل ضمان الجميع.

وجه الاول أنه حصل بالزائد والاصل، فيكون، مناصفة.

ولو قال: آجرتك كل شهر بكذا بطل على رأي، وصح في شهر على رأي.

ووجه الثاني أنه حصل بحسب التعدي، لاحتمال أنه لو لم يكن زائداً لم يحصل.

ولكن اصل عدم الضمان، وبرائة الذمة، وعدم الفرامة، ينفي هذا، إلا فيما تحقق، وليس بمحقق اسناده الى الزائد، لاحتمال تأثير الاصل، بل الظاهر ذلك. ويحتمل ثالثاً، وهو بالنسبة، فتأمل، والاحتياط هو الوسط وإن كان الأخير هو مقتضى ظاهر الدليل.

ويحتمل رابعاً أن يقسط على الزائد على ما علم أنه لو كان الحمل ذلك فقط لم يحصل بها الضرر، ثم بالنسبة، فتأمل. وكذا الحكم لو كان المعتبر هو الأجنبي.

هذا إن (إذا-خ) كان بنيرانهما ظاهراً، والظاهر أنه كذلك مع الآذن، واحتمال العدم فيكون على الآذن، وإن كان الإذن منها فككونها معتبرين معاً حاصرين في الاعتبار، فيحتمل كونه كحضور (صاحب-خ) الدابة وكصاحب الحمل، والاصل يقتضي الأول، والاحتياط والعدل يقتضي الثاني، ويحتمل تقسيط الضمان بالزيادة عليها، فتأمل.

قوله: ولو قال آجرتك كل شهر بكذا الخ. من غير تعيين بمجموع المدة، بل قال مثلاً كنّا جلست في البيت فأجرة كل شهر كذا.

فيل يطل للجهالة بجميع الاجرة والمدة من حين العقد، ومعرفة شرط، ويلزم عليه اجرة مثل ما سكن.

وقيل صح في شهر وله في الزائد اجرة المثل ان سكن، وهو مختار لشرائع والشيخين، فإنه معلوم وقوع العقد عليه بثمن معلوم، وأما الجهالة في الزيادة مدة وثمنها، فلا يمنع ذلك من صحته في شهر.

ولو قال: إن خطه فارسياً قدرهم، ورومياً قدرهم، أو إن عملته اليوم قدرهم وغداً درهمان، صح، على أشكال.

واشترط العلم المذكور في جميع المثة والاجرة يقوي الأول، ويضعف الثاني.

ولكن دليله غير ظاهر، والاصل وعموم ادلة الاجارة، وعدم المانع، وصحيفة أبي حمزة الآتية (١) - تدل على الصحة في الشهر الأول بل في الكل، فتأمل.

وهنا احتمال ثالث، وهو الصحة في كل ما جلس، واشترط العلم بحيث يمنع من هذا غير معلوم، ولا غرر ولا ضرر، اذ كلما جلس شهراً يعطي ذلك، ونصفه في نصفه، وعلى هذا.

قوله: ولو قال ان خطه فارسياً الخ. فتر الرومي بالدرزتين والفارسي بالواحد، وهذه المسألة كسابقتهما في دليل البطلان وغيره.

ويزيد (يؤيد - ح) احتمال كونها جمالة لا اجارة باطلة، مستلزمة بضمان واجرة المثل، فإن الأصل ينفي ذلك، وأن التصرف أنها كان بالأذن، وإن بطلت الاجارة وقد رضى بالتصرف بالمقدار المقرر فلا يلزم الضمان، ولا أكثر مما رضى، ولا أقل، فتأمل.

ونقل عن ابن ادریس أنه يصح جمالة، وقال المحقق الثاني: يعني اذا قصدا اكونه جمالة، وهو حسن، وما أعرف لقصده الجمل دخلاً مع الاحتمال، فتأمل، واحتفظ علماً وعملاً.

ومما يدل على الصحة في المسألتين الآية الشريفة في أحارة موسى (٢) على

(١) الوسائل: الباب ٨ من أبواب كتاب الاجارة الرواية ١.

(٢) القصص: ٢٦.

(الرابع) العلم بالاجرة اما بالكيل او بالوزن، وتكفي المشاهدة فيها، على اشكال، وفي غيرهما.

الظاهر، وما فُتِرت به (١)، فتأمل، وبعض الاخبار (٢).
وصحيفة أبي حمزة (كانه الثالي الثقة) عن أبي جعفر عليه الصلوة والسلام قال سألت عن الرجل يكتري الدابة فيقول اكرتتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك قال: لا بأس به كله (٣) الدلالة واضحة، فافهم.

وقريب منها رواية منصور بن يونس (٤) وكلاهما في اجارة التهذيب، ومنصور واقفي عند الشيخ، وثقة عند النجاشي.

قوله: الرابع العلم بالاحرة الخ. لاشك في اشتراط العلم بالاجرة في الجملة، اما كيلها ووزنها فبه خلاف.

والمصنف استشكلها في كفاية المشاهدة عنها على اشكال، وعدم الاشتراط مستحسن الشرايع ومنقول عن المبسوط والاشتراط عن ابن ادریس، وأنه مفهوم النهاية.

والاصل - وعموم ادلة الاجارة وعدم دليل صالح للاشتراط - دليل الاول، اذ ليس الا السخر المنفي في البيع، على ما نقل عنه صلى الله عليه وآله (٥) فلو صح

(١) راجع تفسير مجمع البيان، ج ٢ ص ٢٥٠، وج ٦ ص ٢٥٣ وتفسير علي بن ابراهيم، ص ٤٨٧ وتفسير

بورالقنبي، ج ٤، ص ١٢٣

(٢) راجع الوسائل باب ٦٦ حديث ٢ من ابواب ما يكتسب به ج ١٢ ص ١٧٦.

(٣) الوسائل: الباب ٨ من ابواب احكام الاحارة الرواية ١، ج ١٣، ص ٢٤٩.

(٤) الوسائل: الباب ١٣ من ابواب احكام الاحارة الرواية ٢.

(٥) مسند حمد بن حنبل، ج ١، ص ١٦٦ عن علي عليه السلام وص ٣٠٢ منه وراجع ج ٢ ص ٢٤٨ من هادي

الثاني ولا حظ ذنبه المنقول عن صيون اخبار الرضا عليه السلام.

ومع الاطلاق او اشتراط التعجيل، فهي معجلة.

كان دليلاً في البيع فقط.

الآ ان يعلم أن السبب هو العرر فقط، من حيث هو وأنه الموجب
للفساد، وأنه موجود فيما نحن فيه فكان دليلاً على الثاني (على الاشتراط - خ) أيضاً.
ولكن أنى اثبات ذلك كله، فإن المراد بالعرر المني غير واضح، وكذا
عليته فقط، ووجوده فيما نحن فيه. اذ يعلم انتفائه في مشاهدة غير المكيل والموزون
بالا تفاق.

فالظاهر أنه يكفي العلم بالمشاهدة في المكيل والموزون والمعدود والمدرع
بالطريق الأولى.

ويؤيده بطلان القياس، وكون الاجارة غير بيع عندنا، وقال في الشرح،
قلت: الحديث ورد في البيع، والاحارة عمولة عليه عند بعض العامة، لأنها بيع،
وأما عندنا فلا يأتي إلا من طريق اتحاد المسألتين الى آخره.

وقد عرفت عدم امكان اثبات الاتحاد بحيث لا يكون قياساً باطلاً.

وضمير (فيها) و (غيرهما) راجع الى المكيل والموزون المفهوم من الكيل والوزن.
قوله: ومع الاطلاق او اشتراط التعجيل فهي معجلة. الظاهر عدم
الخلاف في أن الاحارة معجلة غير مؤجلة مع اطلاقها، ومع قيد لتأجيل، كعدم
الخلاف في التأجيل مع شرطه صرح في التذكرة (١) بعدم الخلاف في القسدين
(القيدين - خ) وثان في المطلق يملكها المؤجر بنفس العقد، ويستحق استيفاءه، اذا
سئم العين الى المستأجر عند علمائنا (٢).

(١) قال في التذكرة. الاخره ان شرط معجلها في العقد كانت معجدة، وان شرط تأجلها الى آخر المدة
او محوماً معينة كانت على الشرط لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم ولا نعلم في ذلك خلافاً، وان اطلق
كانت معجلة وملكها المؤجر بنفس العقد الى آخره.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة

والتعجيل يفيد التأكيد ويمكن التسلط على الفسخ على تقدير التخلف، كما هو مقتضى لشرط المذكور في العقود اللازمة، على ما تقدم في البيع، واختاره الشهيد الثاني.

وقد مرّ البحث في أنه هل يتوقف على تسليم ما في يده متى يعمل فيه مثل الثوب، أو على اتمام العمل فقط، وذلك لا ينافي التعجيل المراد هنا، فإنّ لمراد التعجيل (بالتعجيل - خ) الذي هو مقتضى العقد وبعد ذلك من دون تأجيل بأجل.

ولعله لا خلاف في التعجيل حينئذٍ كما مرّ، وسنده اقتضاء العرف ذلك، وترك التأجيل، فإنه لو كان مؤجلاً لذكر الاجل كما هو العادة، وأنه لو كان مؤجلاً لزم الاجمال، ولأنه كضمن المبيع وعوض ساير العقود، فيجب التسليم مع الطلب بلا تأخير عرفي.

ويدل عليه الروايات أيضاً مثل حسنة هشام بن الحكم (لإبراهيم) عن أبي عبد الله عليه السلام في الحمام والاجر قال: لا يجت عرقه حتى تعطيه احرقته (١). ورواية اخرى عن شعيب (سعيد - يب) قال: تكارينا لابن عبد الله عليه الصلوة والسلام قوماً يعملون في بستان له وكان اجلهم الى العصر قال فلما فرغوا قال لمعتب: أعطهم أجورهم قبل ان يجت عرقهم (٢). ولا يضر أن في الطريق حثان وشعيب مشتركين.

وأما تحجيل المنفعة في زمانها مع التعمين ومع الاطلاق، فلا شك في التعجيل إذا كان مثل مفعة دار أو عقار متصلاً بما بعد العقد، لما تقدم من اقتضاء

(١) الوسائل: الباب ٤ من ابواب احكام الاحارة الرواية ١، وفيه كما في التهذيب وفي بعض النسخ

مخطوطة الجمال بدل الحمام.

(٢) الوسائل: الباب ٤ من ابواب احكام الاحارة الرواية ٢.

العرف ذلك، والآ يلزم البطلان، الآ مع القرينة، فهي كالقيد، ويحتمل انصحة ايضاً كما مر.

وما لجملة في جميع ما هو مفيد بزمان، يجب في أول ذلك الزمان، وقد عرفت أن أوله بعد العقد بلا فصل مع الاطلاق.

وأما اذا كان منفعة دابة لحمل مثلاً فع الاطلاق وعدم القرينة فهو كذلك، مع تعيين الزمان، وأما مع عدمه فيمكن ان يجب التسليم مع الطلب، كما تقدم.

وأما اذا كان عملاً مثل بناء وخياطة وصوم وصلاة، فيمكن ذلك ايضاً، مع عدم التعيين وأما معه فالظاهر الوجوب في أوله كما تقدم.

ونقل في شرح الشرايع أن الشهيد قال في بعض تحقیقاته: أن الاطلاق يقتضي التعجيل في كل الإجازات اذا كانت متعلقة بشخص معين، محتجاً بأن الاطلاق ينصرف الى التعجيل، كما في الحق، حتى قال إنه يصير كالأجير الخاص منهيأ عن عمل غيره، ويفسد ذلك العمل، وإن اوقع عقداً آخر فكذلك يبطل.

ومنع ذلك في شرح الشرايع باصل عدم الفورية، وأن الأمر المتوجه اليه بعد العقد لا يقتضي الفورية، كما هو مذهب المحققين في الاصول.

وعلى تقديره لا يلزم النهي، الآ ان يكون (كان - خ) الأمر مستلزماً للنهي عن الصلة الخاص، وأما يستلزم الصلة العام والأمر الكلي، لا الافراد الخاصة.

وعلى تقديره النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد (١).

قلت: ان ثبت هناك عرف او قرينة فلا كلام، والآ فينفي نفيه باصل براءة النقة، كما قاله في شرح الشرايع بل ذلك جار في منفعة الدار ونحوها، وعمل

(١) في بعض النسخ المخطوطة: لا يستلزم الفساد.

الدابة ايضاً.

ولكن العرف يقتضي في المنفعة اتصال المنة وفي الدابة يمكن حوالته الى العادة، فلا يجب التعجيل، ولا يجوز التأخير، بحيث يعد مهملًا ومضيقًا. وعلى تقدير الاشتغال والشروع فالظاهر أنه يكفي كونه بحيث يعد شارعًا في الجملة، فلا يجب السعي التام والتعجيل، وإن كان انحط، بل كاد أن يكون واجبًا في الجملة خصوصاً العبادات، فإن حصول برائة ذمة الميت والأجير امر ضروري وقد يعرض الموت، ويشكل الأمر بانتقال الأمر الى وصيه، أو وصي الميت الأول، وبطلان الإجارة، وتحقيق الأمر مشكل، الله الموفق (١).

ولهذا يوجب بعض المبادرة على الوصي ولا شك في الوجوب إذا كان ما يوصى به فوراً، مثل الزكاة والحج، أو دلت قرينة على ارادة الاستعجال، بل القرينة موجودة دائماً، فإن مقصود الموصي فعل ما يوصى به مستعجلاً لينتفع به، وإن لا يعمل مثل ما أهمله، والآ يتسلسل (٢).

الآن التأخير في الجملة بحيث يقضى العرف بعدم نفيه لا بأس به، وحينئذ فالظاهر وجوب التعجيل على الوصي والعامل، فتأمل.

ثم اعدم أن الشهيد الثاني في شرح الشرايع اختار عدم وجوب اقتضاء الاطلاق التعجيل في تسليم المنفعة بل ابطال العقد مع الاطلاق وعدم القيد والقرينة، محتجاً بأن الاطلاق لا يقتضي معيناً، فيشترط ذكر المنة، ومع اقتضاء الامر المورية (لفور-خ) كما تقدم، ثم اوجب تعجيل الثمن في اول وقت التسليم وهو تمام العمل و(مع-خ) تسليم العين محتجاً بأنه يجب تسليم العوض عند تسليم

(١) في هامش بعض النسخ الخطية هكذا: ظاهره ل و عدم الكلام في بطلان الإجارة لذا شرط أن يعمل الأجير بنفسه وظهر أنه العبادات كذلك وإن لم يصرفوا بالشرط، فتأمل.

(٢) في بعض النسخ الخطية: ولا يتسلسل.

المعوض كما هو مقتضى المعاوضة.

وفيه تأمل لما عرفت من اقتضاء العرف الاتصال بأول العقد، ويؤيده الاصل والشهرة والآية (١) والاخبار (٢) فإن الظاهر من عدم ذكر ابتداء فيها (فيها - ح) الصحة والاتصال، فإن (وإن - ح) الظاهر أنه يجب تسليم الاجرة بانتمام العمل للملكية وعموم الرواية (٣) وقد مر، ويؤيده الوجوب في المدفع بمحض العقد مع الطلب، فتأمل.

ثم إن في قوله: لا يمتضي الهي عن صفة الخاص، ما قد عرفت مراراً من أنه يقتضيه.

وأن تسليمه في الأمر الكلي الذي هو اصة العام عنده، كما فسره، مستلزم لصفة الخاص، وهو ظاهر.

وكذا في قوله: لا يدل على الفساد في غير العبادات، لأن الهي متوجه على عدم صلاحية الوقت لعقد آخر، فإنه ينصرف الى زمان معين عنده، وهو ينقص بالعقد، كالحج، وقد سلمه، فلا معنى للمنع عنده.

نعم يمكن المنع أولاً كما فعله فتأمل، وهو كما في الاجير الخاص عنده، وقد سلمه إلا ان يفرق، فتأمل فيه.

ولا شك أن ما ذكره الشهيد رحمه الله أسحوط بل أنه المبدر في أمثال هذه لعقود، خصوصاً للعبادة (للعبادات - خ) الفورية، الآ مع القرينة، وإن لم يكن الأمر

(١) لديها اشارة الى قوله تعالى فان ارضكم فانهم اجورهم (اطلاق - ٦) وان قوله تعالى فم استمتعتم به منهم فانهم اجورهم الآية (النساء - ٢٤) فان التزويج بالعاء ظاهري الاتصال، ال عبر عنه من الآيات.

(٢) راجع الوسائل الباب ٤ من ابواب كتاب الاجارة وغير ذلك، ح ١٣ ص ٢٤٦

(٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب كتاب الاجارة الرواية ٢ وغيرها من روايات الباب

والا بحسب الشرط إما في نجم او أزيد بشرط العلم.
ولو وجد بها عيباً تحيّر بين الفسخ والعوض، اذا (ان خ) كانت
مطلقة، وبين الفسخ والارش ان كانت معينة.

مطلقاً للفقور، فتأمل.

ولا شئ في عدم التعجيل لو احل، او دلت القرينة على ذلك
(فتأمل - خ).

قوله: والا فبحسب الشرط الخ. ان لم يكن مطلقاً ولا معجلاً يكون
مؤجلاً بحسب ما شرط من الأجل، فان شرط أجلاً واحداً للكل يلزم ذلك، وان
تعدد الاحل يلزم بعد كل أحل معين ماعينه في الثمن.

قوله: ولو وجد بها عيباً تحيّر الخ. وجه التحير بين الفسخ والعوض ان
كانت الاجرة المطلقة معينة. أن المطلق يتعين بتعيين المالك، وقبض المستحق
كالزكاة، فحينئذ له الفسخ لكون المعينة معينة، وله الابدال بالصحيح الذي هو مقتضى
العقد.

وهو غير واضح فانه مطلق غير معين ولا يلزم التمين بتمين المالك
(بذكر - ح) مع كونه معيناً، وهو ظاهر، ومقتضى الاصل، والاستصحاب، ولا
كان ينبغي له الارش او الفسخ لا البديل.

فالظاهر أن في الاطلاق له عوض فقط، فان تعذر ولو بفوت بعض المتاع
المطلوب عرفاً بالتأخير يكون له الفسخ.

واذا كانت معينة له الفسخ او الارش.

كأن دليله ظاهر مما تقدم في المبيع المعيب، ويمكن اختصاص المبيع
المعيب بالحكم، لدليله، ويكون هما الفسخ فقط، بل ويمكن الانفساخ ايضاً، لعدم
وقوع الرضا به، فيكون العقد كالعدم، فتأمل.

ويجوز ان يؤجر ما استأجره، او بعضه بأكثر من مال الاجارة.

قوله: ويجوز ان يؤجر ما استأجره الخ. الطاهر عدم خلاف في جواز استئجار الدار التي استأجرت مثلاً، على تقدير عدم اشتراط استيلاء المنفعة بحيث يمنع ذلك (تلك ح ل) الاجارة، وعدم قرينة معينة لذلك، بل وقعت الاجارة بحيث صارت المنفعة ملكاً للمستأجر كالمؤجر، فيفعل بها ما يريد، قال في التذكرة لو استأجر داراً او دابة او غيرها من الاعيان التي يصح استئجارها، جاز له ان يؤجرها من غيره عند علمائنا اجمع الخ.

ولكن قبل. ولكن لا يسلم الى المستأجر الثاني الا باذن المالك لعين، حتى لا يكون صامناً لها، وما عرفت دليلاً، فتأمل.

وطاهر عدم الاشتراط، وعدم الصمان بدونه، للاصل، وبلاذن بالاستئجار فرضاً، ويجوز له أن يؤجرها ناقل مما استأجر وبالمسوي، من غير نزاع وخلاف.

والاصل والقاعدة وادلة جوازها، يقتضي جوارها بأكثر من الاجرة، وان كان بجسمها ايضاً، وان لم يحدث حدثاً من عمارة وشبهها.

قال في التذكرة: وهو يجوز عند اكثر علمائنا، وحمل الرواية المانعة (١) على الكراهة قال في التذكرة قال الشيخ رحمه الله (تنبيه) لا يجوز ان يؤجر المسكن ولا الخار ولا الاجير بأكثر مما استأجره، الا ان يؤجر بغير جنس الاجرة، او يحدث ما يقابل التفاوت، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن الاجرة و الجنس واحد، ويجوز باكثر لرواية الحلبي عن الصادق عليه الصلوة والسلام. (كانها حسنة لابراهيم) قال: لو أن رجلاً استأجر دراً بعشرة دراهم وسكن ثلثها وأجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها

(١) راجع الوسائل كليات ٢١ و ٢٢ من ابواب كتاب الاجارة، ج ١٣، ص ٢٦١، ص ٢٦٤

به الا ان يحدث فيها شيئاً (١).

وروية أبي بصير (في الكافي) قال: قال ابو عبد الله عليه السلام نى لا كره
أن استأجر ربحي وحدها ثم أواجرها بأكثر مما استأجرتها به الا ان يحدث فيها
حدثاً (حدث - خ) او يغرم فيها غرامة (٢).

ولا يحق أنهما لا يبدلان على تمام المطلوب، بل الأولى تدل على عدم
استيجار اصدار بأكثر مما استأجر، الا ان يحدث شيئاً، بل بعد سكون بيت منها،
فلا يدل على غيرها، وعلى كون الحدث يقابل التعاوت، بل سيحيى أن أدنى
شيء، يكفي.

ولا على اختصاص الميع بالجلس الا ان يؤخذ من الأكثر، فتأمل.
مع أنها ليست بصحيحة، لوجود إبراهيم (٣)، مع اشتراك حماد والحبي،
وان كان الطاهر أنهما التفتان، فتأمل.

والثانية غير صحيحة لوحود عثمان بن عيسى، عن زرعة عن سماعة (٤)
ولا صريحة، بل ليست دالة على مطبوع الشيخ، الذي ذكر سابقاً، ولمعة (أكره)
مؤيدة لتحمل على الكراهة، فهو غير بعيد.

ومما لذي يدل على التقبيل نافلاً مما قبله مع عمل، فهو رويات كثيرة،

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب كتاب الاجارة، هكذا في الوسائل كما في الكافي ايضاً؛ ولكن في
النذكرة وبعض النسخ الخطية، والطبوعة، هكذا: وسكن بيتاً منها وأجر بيتاً منها بعشرة دراهم الى آخره
وفي التهذيب: وأجر بيتاً منها بعشرة دراهم لم يكن به بأس الى آخره فراجع.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٥.

(٣) مسندها كما في الكافي هكذا. علي بن إبراهيم، عن ابيه، عن ابن حمزة، عن حماد، عن الحبي
(باب الرجل يستأجر الرواية ٤).

(٤) مسنده في الكافي في الباب المذكور هكذا: عده من اصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن عثمان بن
عيسى، عن سماعة، عن أبي بصير، ولا يحق أنه ليس بها. زرعة عن سماعة.

مثل صحيحة أبي حمزة عن الباقر عليه الصلوة والسلام قال: سألته عن الرجل يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخطئه ويستعمل؟ قال: لا بأس قد عمل فيه (١).
 هكذا في شرح المتن والمختلف (٢) أيضاً واطنه غلط، فإنَّ صحيحة أبي حمزة على ما رأيتها في التهذيب، هكذا: عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن لرجل يتقبل عمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر يرجع فيه قال: لا (٣).
 وفي التذكرة لا بأس به وجعلها دليلاً على الجواز (٤)، ونقل هذا المتن بعينه، بسند صحيح، عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام لا نه زاد بعد قوله: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً (٥).
 نعم ذلك مذكور بعينه، إلا بزيادة لفظ الخياط في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل، ويقطعه ويعطيه من يخطئه، ويستعمل؟ قال: لا بأس قد عمل فيه (٦).
 وهذا هو دليل الشيخ، ولكن دلالتها بالمفهوم.
 وقريب منه رواية أسحق بن عمار الآتية (٧) مع عدم الصحة بغياث بن كلوب البثري (٨) وغيرها.

(١) راجع الوسائل: الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإحارة الرواية ٤.

(٢) راجع المختلف كتاب الإحارة، ج ٢، ص ٤.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإحارة الرواية ٤.

(٤) انتهى كلام العلامة قدس سره في التذكرة (ج ٢ ص ٢٩١).

(٥) راجع الوسائل، الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإحارة الرواية ١.

(٦) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإحارة الرواية ٥.

(٧) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإحارة الرواية ٢.

(٨) وسنده: كما في التهذيب. هكذا محمد بن الحسن، بصقار، عن الحسن بن موسى خشاب، عن

غياث بن كلوب، عن أسحق بن عمار.

مثل رواية حكم الحياط قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام اتقبل لثوب بدرهم واسلمه باقل (بأكثر- كما) من ذلك لأزريد على أن اشقه؟ قال: لا بأس بذلك، ثم قال: لا بأس فيما تقبلت من عمل ثم استفضلت (١).

ودلالاتها ظاهرة، ولكن حكم مشترك كأنه ابن ايمى لأنه قال النجاشي حكم بن ايمى الحياط وهو مذكور في الفهرست ايضاً من غير توثيق، وغير مذكور في الخلاصة ورجال ابن داود.

لَا أَنَّ فِي التَّهْدِيبِ: اخياط، فلعل اراد في المختلف بقوله: في الصحيح عن حكم، كونه صحيحاً اليه، فتأمل.

ورواية عبي الصائغ قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اتقبل العمل، ثم قبله من غلمان يعملون ممي بالثلثين؟ فقال: لا يصلح ذلك، ألا ان تعالج معهم فيه (قال ثل) قلت: فأنني اذيه لهم؟ قال: فقال: ذلك عمل فلا بأس (٢).

دلالاتها لا بأس بها، ألا أَنَّ عَلَى الصَّائِغِ كَأَنَّهُ عَلِيٌّ بْنُ مَيْمُونِ الصَّائِغِ، كما يفهم من حديث بعده في التهذيب، ومن الرجال، وقال ابن داود النجاشي لغضائري، حديثه يعرف وينكر.

وفي لطريق ايضاً ابن مسكان (٣) وان كان الطاهر أنه عند الله، لنقل علي بن نعمان عنه.

وفي خبر مجمع، قال: قلت لابي عبدالله عليه الصلوة والسلام اتقبل الثياب أحيطها، ثم أعطيها الغلمان بالثلثين؟ فقال: أليس نعمل فيها؟ فقلت: أقطعها

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإحارة الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب الإحارة الرواية ٧.

(٣) وسندها كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد عن علي بن الحسن عن ابن مسكان، عن علي

واشترى لها الخيوط، قال لأبأس (١).

وهذه الاخبار صريحة في أنه يكفي أدنى العمل، وما يصدق عليه لا الذي نفل عن الشيخ في التذكرة من احداث ما يقل (٢) التفاوت في اجارة المسكن. وحسنة أبي المعز عن الصادق عليه السلام في الرجل: يستأجر (يؤاجر- ثل) الارض ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها، فقال: لا بأس أن هذا ليس كالحانوت و(لا-خ) الاجير، أن فضل الحانوت والاجير حرام (٣).

في دلالتها على تمام مطلوب الشيخ تأمل، بل يدل على الجواز في الجملة. والظاهر عدم البأس مطلقاً، ألا في الحانوت والاجير من غير حمل مطلقاً، لما مرّ، والجمع بين الأدلة، وعدم دليل صالح للمنع مطلقاً، والتصرف في جميع تلك الأدلة، وجواز تصرف المالك في ماله بما يريد، والاعتماد (٤).

ثم اعلم أن الشارح قال: واعلم أن روايات اصحابنا دالة على المنع في البيت والحان والاجير، لا على المع في غيرها، فينبغي الاقتصار على مورد المنع، وهو ظاهر مذهب نجم الدين في الشرايع حيث عدّ الثلاثة خاصة.

وانت قد عرفت أن المع في الحانوت والرحى ايضاً موجود بل في غيرها ايضاً.

مثل موثقة اسحق بن عمار (لغياث بن كلوب البصري الشقة على ما قيل) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن اباه كان يقول: لا بأس بأن يستأجر الرجل الدار

(١) الوسائل: الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٦.

(٢) عبارة التذكرة هكذا: نعيم، قال الشيخ رحمه الله: لا يجوز ان يؤجر المسكن ولا الحان ولا الأجير بأكثر مما استأجره إلا أن يؤجر بمجرى جنس الأجرة، لو يحدث ما يقابل التفاوت انتهى.

(٣) الوسائل: الباب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٤.

(٤) راجع الوسائل: الباب ٢٠ و ٢١ من ابواب احكام الاجارة.

او الارض او السفينة، ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به اذا اُصلح فيها شيئاً (١).
وغيرها ايضاً الا أنها غير صحيحة ولا صريحة في المنع.
لكن الظاهر ان الشيخ قد يستدل بمثلها، ويجمع كما فعل (قيل - خ)،
فتأمل، وان كانت بعض الروايات ظاهرة في اختصاص المنع بالأجير والحائوت،
كحسنة ابي المعزاء المتقدمة (٢).

وان المنع (٣) ليس في البيت، بل في الدار.
وقال في الشرايع: (المسكن)، كالشيخ (٤)، ويمكن ان يكون المراد، الدار.
وايضاً أنه قال في الشرايع مثل ما نقل سابقاً عن الشيخ، من أن المنع
بالأكثر في الجنس، والروايات خالية عنه.
وقد عرفت ايضاً أن مفاد الروايات ما يصدق العمل والحدث، لا ما يقابل
التفاوت كما قاله الشيخ على ما نقل عنه سابقاً، الا ان يكون المراد ما يقابله في
الحملة، لا بالمساواة، فتأمل.

وايضاً قال: واعلم أن هذه المسألة مفروضة في الاجارة المطلقة أما اذا عتق
العامل فلا بحث في المنع والضمان، لو سلم العتق، ولا ضمان في المطلقة بالتسليم
لصحيحة علي بن حمزة عليه السلام الآتية (٥)، وابن ادریس (٦) اوجب الضمان
وابن الجنيد نفى الضمان عن سلم الى امين.

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٢، وقد تقدم ذكر مستندها آنفاً.

(٢) تقدم نقلها قيل ذلك.

(٣) عطف على قوله ان الشيخ الحق.

(٤) يعنى خبر في الشرايع بـ (المسكن) كالشيخ.

(٥) الوسائل الباب ٦٦ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

(٦) رد في هامش بعض النسخ المقطوعة - بعد قوله لصحيحة علي بن حمزة الآتية ما هذا لفظه في

عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم الى امين، وصورة النزاع أولي، وابن ادریس الحق.

وقد عرفت أنه يجوز التسليم بغير اذن المالك لثبوت الملكية المقتضية له مع عدم المنع، والاصل، والاذن المسقط غالباً، كما هو المفروض.

فإيجاب ابن ادريس بعيد، كقول الشيخ على ما يفهم من بعض حواشيه مع تجويزه التسليم، وهو الظاهر من الشرح ايضاً، وقول ابن الجنيد أقرب منه حيث استحسسه العقل، وفي بعض الروايات في بحث اجارة التهذيب اشارة ما اليه.

مثل صحيحة محمد بن الحسن الصمار قال كتبت الى الفقيه عليه السلام: في رجل دفع ثوباً الى القصار ليقتصره فيدفعه (فدفعه - خ) القصار الى غيره (إلى قصار غيره - ثل) ليقتصره، فضاع الثوب هل يجب على القصار ان يرده اذا دفعه الى غيره، وان كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له، ألا ان يكون ثقة مأموناً انشاء الله (١)؛

ولكن ظاهرها أنها في الأخير المتيّن، ولا كلام في ضمانه مطلقاً على مأمّر فيمكن حملها على استحباب عدم تضمينه ان كان اميناً ثقة، للجمع بين الأدلة، وان امكن الجمع بحمل المطلق على المقيد، وهو واجب ومقّم، ألا أن الأول أولى، ان كان المراد الأخير الخاص، وألا فالثاني، فتأمل.

وصحيحة علي بن جعفر عليهما السلام (هي المذكورة في اجارة التهذيب والكافي ايضاً) عن اخيه أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفقت، فما (ما - ثل) عليه؟ قال: ان كان الشرط (شرط - ثل) ان لا يركبها غيره، فهو ضامن لها، وان لم يسم فليس عليه شيء (٢).

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١٨.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

قال في الشرح: يدل على المطلوب بالطريق الاول.
 كأن الاولوية لآته اذا لم يثبت الضمان بالتلف في يد غير مالك المنفعة مع
 تسليمه اياه بغير الاذن فعدم الضمان مع تلفه في يد مالكيها اولى، والفرص أنه
 استأجره الثاني، فيملك المنفعة، وهو ظاهر.

واليه اشار في المختلف واختار عدم الضمان لما تقدم.
 ويدل على جواز الدفع وعدم الضمان ايضاً ما سيجيء في صحيحة محمد
 بن الحسن الصفار الى الفقيه عليه السلام في شرح قوله: ولو تلف الخ (١).
 ولا يخفى أن صحيحة علي بن جعفر عليه السلام تدل على جواز الاستيحار
 وتسليم المستأجرة الى الغير بغير اذنه، وعدم الضمان، ما لم يصرح بالمنع، فاذا اكترى
 دابة للركوب يجوز له ان يركب غيره مالاجارة، وعدمها، كما مر، إلا ان تدل قرينة
 على أن المراد المنع، مثل ان يكون معلوماً أن المراد ركوب المستأجر بنفسه، لصلاحه
 (لعلمه خ) وتقواه او كونه أخف فيمكن حمل الأخف او مثله، ان علم، وآلا فلا،
 فتأمل.

واعلم ايضاً، أن عبارات الكتب مصطربة هنا، فان رواية ابي حمزة
 الموجودة في التهذيب عن ابي جعفر عليه السلام (٢) نقلت في التذكرة دليلاً على
 الجواز حيث كان فيه: (لا بأس) به مع أنه ليس في التهذيب إلا (لا) ونقلت بعينها
 في الكافي عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام وزاد بعد (لا) (لا) (لا) ان
 يكون قد عمل فيه شيئاً) ونقلت رواية محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام (٣)
 الموجودة في التهذيب على ما مر بعينها عن ابي حمزة عن الباقر عليه السلام في شرح

(١) في المتن عند قوله فتأمل مره المطلب الثاني في الاحكام.

(٢) نواصل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٤.

(٣) نواصل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

المتن والمختلف.

وقال في شرح القواعد حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن جارة المستأجر العين بأكثر مما استأجرها قال: لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيه شيئاً (١) ومثله عن أبي بصير وزاد (أو يعزم فيها غرامة) (٢).

الحسنة ليست كذلك، بل هي، الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرّحل يستأجر الدّار ثم يؤجرها بأكثر الخ (٣).

وليس مثلها رواية أبي بصير، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: اني لا أكره أن استأجر رحي وحدها، ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن يحدث فيه حدثاً، أو يعزم فيها غرامة (٤).

وهذا دليل قوي على عدم الخروج عن الأصل والضابطة مهما أمكن، فهو مؤيد للحمل على الكراهة، كما اختاره العلامة فتن الله سرّه، ولولا هذا لكان القول بالتحريم مع عدم الاحداث والعمل - أولى.

وايضاً ما رأيت خبيراً دالاً على جواز الاجارة بأكثر من غير احداث والتبديل بالاقبل من غير عمل صريحاً، إلا رواية أبي حمزة على الوجه المنقول في التذكرة، وليست كذلك في الاصول. كما مرّ فقول شرح القواعد: الروايتان محمولتان على الكراهة جمعاً بين الاخبار (٥) على التأمل، ولو قال: بين الادلة، لكان

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٤.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٥.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٤.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٥.

(٥) قال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف: ويجوز أن يشترط في الروايتان (أي روايتي الحلبي وأبي بصير) محمولتان على الكراهية حملاً بين الاخبار على أنّ في الثانية: (اني لا أكره) وهو صريح في الكراهية وهو الأصح.

اولى (١).

وكذا قوله: والاصح في ذلك كله الجواز (٢) مع ذكره دليل التحريم، مثل حسنة ابي المعز لمنقده، وعدم ذكر دليل على الحوار اصلاً، كآته اكتفى بما ذكره أولاً، بقوله: جمعاً بين الاخبار، فتأمل.

وقال في شرح القواعد (وكذا لو سكن البعض، وآجر الباقي بالمثل او الزائد) أي وكذا يجوز الاجارة هنا ولا ريب، ويحيى فيه خلاف الشيخ والجماعة، لأن الاجرة تقتطع على الاجزاء (الاجراء - خ) وحسنة ابي المعز عن الصادق عليه السلام في حديث أن فضل اجرة الخانوت والاجر حرام (٣) فيه أيضاً تأمل، لأن الخلاف مخالف للقواعد، والضابطة، والنص، فإن للإنسان التصرف في ملكه عيناً كانت او منفعة بهما (مهما - خ) شاء، ما لم يمنعه عنه مانع، والنص الذي يصلح دليلاً، هي حسنة الحلبي المتقدمة (٤)، وقد كانت مشتملة على جلوس بعض الدار واجارة البعض باصل ما استأجرها، لا بازيد فكيف يجوز للشيخ ان يخالف فيه ايضاً. وكآته لذلك ما نقل عنه ذلك الخلاف.

ومعلوم بطلان الدليل الآخر، أي اشتماله على الربا وهو أضعف من ان يذكر، ولأن حسنة ابي المعز حسنة، وليست بصحيحة يمكن الاستدلال بها على التحريم.

(١) لعل وجه الاولوية أن الدليل في هذا المقام ليس محصوراً بالاحكام الاصل والضابطة بعبارة دليلان كما اشار اليه نفس مره.

(٢) عند شرح قول المصنف (لو قبل عملاً مشيء وقبله لغيره باقل) أي بمجرد ذلك على رأي والخلاف بلشيخ والجماعة لرواية ابي انعم الساجدة والاصح في ذلك كله الجوازاتين.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب أحكام الاجارة، الرواية ٤ ومتى الرواية هكذا : أن يصل الخانوت والأجير حرام.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة، الرواية ٣.

على أنها مشتملة على الجواز في الارض وعدم الحواز في الحانوت والأجير فقط، فكيف يستدل بها على التحريم في المسكن ايضاً.

فقول المصنف: (ويجوز ان يؤجر ما استأجره الخ) لبيان جواز نفس اجارة ما استأجره، لردّ توهم أنه لا يجوز.

ولكن ذلك مشروط بعدم فهم استيفاء المنفعة على وجه ينفي الاستيجار، ودليله واضح عقلاً ونقلًا، وقد مرّت الاشارة إليه، وقد سمعت الروايات فيه، وستسمع ايضاً.

وايضاً مشروط بان يؤجر بمثل ما استأجر او بالاقل، وقد قيد في القواعد ومثله، بأنه يجوز أن يؤجر بمثله او أقل ضرراً.

والظاهر عدم حسن هذا القيد، لأنّ الفرض أن الاجارة (ان-خ) وقعت مطلقاً، وصارت المنفعة ملكاً له، والناس مسلطون على اموالهم (١) كما قال في الشرح، وان كانت مقيدة، لا يجوز الاستيجار بوجه.

نعم لا يؤجرها باجارة تضر عرفاً ولا يؤجر مثلها بمثل هذه الاجارة عرفاً، فكأنه المراد، فتأمل.

وقوله: (او بعضه بأكثر) أي يجوز ان يؤجر بعض ما استأجره بأكثر مما كان اجرة له بالحساب والتقسيم، او بأكثر الاجارة بمعنى ان يؤجر نصفه مثل ان يستأجر داراً بعشرة، ثم يؤجر نصفها بستة، ويسكن نصفها، او يؤجر ذلك ايضاً بشيء، او يسكن احداً.

ويحتمل ان يكون (بأكثر) قيداً لما استأجره ايضاً، كما هو الظاهر فعناه

(١) قال في القواعد: ويجوز مع عدم الشرط ان يؤجر مثله او أقل ضرراً الخ. ذكره في الشرط الثاني من المطلب الثالث في الخصمة.

ولا يجوز بأكثر منه مع التساوي جنساً، ألا أن يحدث حدثاً، أو تقبل (يقبل - خ) غيره بانقاص مما تقبل بعمله، ألا مع الحدث على رأى.

يجوز اجارة كل ما استأجره او بعضه بأزيد من نصف مال الاجارة، ولكن فيه ركاكة معنى، اذ يجوز بكل مال الاجارة، فتأمل.

قوله: ولا يجوز بأكثر منه مع التساوي جنساً ألا ان يحدث حدثاً، اختار هنا مذهب الشيخ في المسألة الاولى بخلاف التذكرة والقواعد. وقد عرفت مافيه وأن القيد بالجنس مشعر بأن دليله الربا، وهو ضعيف جداً.

قوله: أو يقبل غيره بانقاص مما تقبل بعمله ألا مع الحدث على رأى . كأنه بتقدير (أن) عطف على عامل (لا يجوز) أي لا يجوز ان يقبل وفاع (يقبل) ظاهر، وهو المستأجر كفاعل (يؤجر) وضمير (بعمله) راجع اليه ايضاً، وهو المذكور معنى.

ولكنه ينبغي بعمل (١) حتى لا يتوهم كون عمله شرطاً، او كونه اجيراً خاصاً، مع أنه معلوم أن الفرض في الاجير المشترك كما صرح به في الشرح. وهو اشارة إلى اختياره مذهب في المسألة الثانية ايضاً، بخلاف ما اختاره فيها، كالاولى.

فقوله: (على رأى) اشارة الى الخلاف فيها، واطلاق الحدث بشعرهما قررناه من عمومته في الاخبار، فلا يحتاج كونه ممّا يتقابل بالرائد، كما قيد به في كلام الشيخ، ألا ان يكون المراد به ما يقابله في الجملة (الجملة - خ). وفيه ايضاً اشارة الى ما قررناه من وجود المنع في أكثر من الامور الثلاثة التي

(١) يعنى ينبغي ان يكون التعبير (يعمل) لا (يصله).

ولو شرط اسقاط البعض ان لم يحمله الى الموضع المعين في الوقت المعين صح، ولو شرط اسقاط الجميع بطل.

قاله في شرح المتن، فتأمل.

قوله: ولو شرط اسقاط البعض الخ. أي لو شرط المستأجر- ان يوصله الاجير الى المكان المعين في يوم معين يمكن وصوله اليه في ذلك الزمان عادة بشيء معين، وان لم يوصله اليه في ذلك الوقت، فينقصه من أجرته المعلومة شيئاً معيناً- فلاجارة مع الشرط صحيحة.

ودليلها عموم ادلة جواز الاجارة، وجواز الشرط، وجوب الوفاء به، مع الاصل، وعدم ظهور مانع، اذ ليس الا جهالة ما يعقد عليه حين العقد في الجملة، وما يعرف كون العلم حينئذ- بحيث لا يحصل غيره- شرطاً ولانعرف عليه دليلاً واضحاً.

ويدل عليه أيضاً الاخبار.

مثل صحيحة ابي حمزة (كانه الثمالي الثقة) عن ابي جعفر عليه الصلوة والسلام قال: سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول: اكترتها منك الى مكان كذا وكذا، فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك؟ قال: لا بأس به كنه (١)، وهذه مع صحتها صريحة في عدم اشتراط ذلك العلم، وعدم الضرر بمثل ذلك الجهل، فهي تدل على جواز مانع فيه.

ومثله ان خطه رومياً فلك كذا او فارسياً (٢) فلك كذا، ومثل آخرتك كل شهر بكذا، كما اشرنا اليه ويدل ايضاً على صحة تقديم القول.

فقول شارح القواعد وغيره- باشتراط تقديم الايجاب في الاجارة بن في

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١٠١.

(٢) وفي بعض النسخ المنطوقة: وان خطه فارسياً الخ.

غيرها ايضاً. غير واضح، وقد مرّ اليه الاشارة ايضاً.
وروية محمد الحلبي، قال كنت قاعداً الى قاض وعنده ابو جعفر عليه
الصلوة والسلام جالس فجاءه (فاتاه - خ) رجلان فقال احدهما اني تكررت ابل هذا
الرجل، ليحمل لي متاعاً الى بعض المعادن، فاشتريت عليه ان يدخلني المعدن يوم
كذا وكذا، لانها سوق واخاف ان يفوتني، فان احتبست عن ذلك حططت من
الكراه لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وانه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً،
فقال القاضي هذا شرط فاسد وله (وفي - ثل) كراه فلما قام الرجل اقبل التي
ابو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز، ما لم يحط بجميع كراه (١).
وهذه صريحة، ولا يضر عدم صحتها باشتراك محمد بن اسمعيل (٢)،
ووجود منصور بن يونس، كانه بزرج الذي قيل واقفي ثقة، لما تقدم.
وظاهر كلامهم عدم التوقف في توثيق محمد بن اسمعيل في مثل هذا
السند، كأنهم يعرفون كونه ابن بزرج الثقة، وذلك غير بعيد، وكثيراً ما يصرح في الكافي
باب بزرج في مثل هذا السند، فهي موثقة كما قال في المختلف وشرح الشرايع.
وهذه صريحة في البطلان، مع شرط اسقاط الجميع، كما اختاره المصنف،
لعله لا خلاف فيه، فانه يلزم كون الاعمال بلا اجرة بعمل ذي اجرة باشتراط
عدمها اصلاً بشرط، فتأمل.

واستدل على صحة شرط اسقاط البعض وعلى عدم الجميع، بصحيفة
محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول كنت جالساً عند قاض
من قضاة المدينة، فاتاه رجلان، فقال احدهما لاني تكررت هذا يوافي بي السوق يوم

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٢

(٢) وسندها - كما في الكافي - هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن محمد بن اسمعيل، عن

منصور بن يونس، عن محمد الحلبي، وفي الوسائل: محمد بن أحمد، بدل احمد بن محمد.

كذا وكذا، وأنه لم يفعل؟ قال فقال: ليس له كراء، قال: فدعوته، وقلت يا عبدا لله ليس لك ان تذهب بحقه، وقلت للآخر (للاجير - خ) ليس لك ان تأخذ كل الذي (لك - خ) عليه اصطلاحا فتراذا بينكما (١).

وفي الدلالة ضعف، بل ليس الدلالة الا على أنه اذا شرط ان يوافي به الى موضع معين في يوم معين يصح ذلك، وان لم يفعل يجب بعض شيء والصالح، ولا يدل على ثبوت اجرة المثل ايضاً، فتأمل.

ويؤيد صحة الاول (٢) قول الاكثر حيث قال في شرح الشرايع وشرح القواعد: هذا قول اكثر الاصحاب.

فالمعجب من الشيخ علي رحمه الله أنه يراعي (راعى - خ) الشهرة والكثرة كما ترى، وهنا خالفها (٣) مع الادلة السابقة من الكتاب والسنة، فان عمومها (عمومها - خ) يدل على لزوم العقود والشروط، والروايات المتقدمة على خصوص المطلوب، كما عرفت، وكذا الخبر الصحيح الذي سيجيء، وقال بعدم الصحة، لاشتراط العلم الذي مانعرف دليله (٤).

على أنه قال مستند اكثر الاصحاب روايتان صحيحتان عن الحلبي وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (٥).

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

(٢) يعنى بالاول شرط اسقاط البعض.

(٣) قال رحمه الله في جامع الفوائد: القول بالصحة في الشق الاول هو قول اكثر الاصحاب ثم استدل على صول الاكثر بصحبة الحلبي ومحمد بن مسلم ثم قال: والا صح بطلانها (شرط اسقاط البعض وشرط اسقاط الجميع) ثم قال: لان المستأجر عليه غير معلوم اذ المستأجر فيه أحد الامرين غير معين والاجرة على كل واحد من التقديرين مقدار غير القدر على التفسير الآخر ورواية محمد بن مسلم غير صريحة في الصحة ورواية الحلبي يمكن ترتيبها على ارادة الجملة والقول بالبطلان هو المرجح انتهى.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة لاشتراط العلم الذي عرفت دليله (٥) تقدم ذكر موضعها آنفاً

ويستحق الاجير الاجرة بالعمل، وان كان في ملكه، ولا يتوقف على التسليم.

وقال أيضاً ورواية محمد بن مسلم غير صريحة في الصحة ورواية الحلبي يمكن تنزيلها على ارادة الجمالة.

وقد عرفت ان لادلالة في رواية محمد بن مسلم، بل الدلالة في صحيحة أبي حنيفة المتقدمة وقد تركها هو وغيره مثل المختلف وشرح الشرايع واستدلوا برواية محمد بن مسلم والحلبي كانه مأخوذ من التذكرة.

وأن رواية الحلبي صريحة ولكن غير صحيحة لما عرفت، ولهذا قال في المختلف وشرح الشرايع: (موثقة الحلبي).

كأنه اخذها من التذكرة فانه قال فيها: صحيحة الحلبي كأنه اراد معنى آخر، فتأمل.

وان التنزيل (١) بعيد من غير داع ولأنه حينئذ لامعنى لقوله عليه السلام: (ما لم يحط بجميع كراه) اذ الظاهر (٢) أنه يصح هذا الشرط في الجمالة، فتأمل.

قوله: ويستحق الاجير الخ. قد مر دليل مختاره ومختار الشرايع وغيره، وهو استحقاق الاجير طلب اجرتة بعد اتمام العمل، وان لم يكن سلم العين الى المستأجر، وكان العمل في غير ملك المستأجر، بل في بيت الاجير ولا يتوقف على تسليم العين.

نعم يجب عليه تسليم العين عند الطلب، مع عدم المانع الشرعي فلو منع منه، يكون غاصباً ضامناً.

والظاهر أنه لا يستحق المستأجر المنع منه حتى سلم، فلو منع يكون عاصياً ظالماً.

(١) ردة عن قوله، يمكن تنزيلها الخ.

(٢) في النسخ المحسوبة: والظاهر.

وهو خلاف ماضى، أنه يملك الاجرة بمجرد العقد، اذ قد قام الدليل العقلي والنقلي على عدم جواز منع المالك من ملكه، واستحقاقه الطلب، وقد خرج قبل العمل بالاجماع ونحوه، وبقي الباقي.

ويؤيده وجوب اجرة العقارات قبل الاستيفاء وعموم ونصوص اذلة لزوم الوفاء بالعقود، والشروط، والاخبار.

مثل حسنة هشام بن الحكم عن ابي عبد الله عليه الصلوة والسلام في الجمال (الجمال - خ) والاجير قال: لا يحق عرقه حتى يعطيه اجرته (١) وقد مرت. واختار البعض مثل المحقق الثاني والشهيد الثاني عدم استحقاقه الا بعد تسليم العين، وان كانت في ملك المستأجر، الا ان يكون في يد المستأجر، لأنه لا يلزم العوض، ولم يستحق طلبه في المعاوضات الا بالتسليم، وتسليم المنفعة انما هو بتسليم العين، كما في البيع.

وفيه تأمل يعلم مما تقدم ولا نسلم الكلية، وما نعرف له دليلاً، خصوصاً اذا كان العوض منفعة، بعد ثبوت الملك، وفي البيع ايضاً ان كان دليل فهو متبع لذلك، والا يمنع هناك ايضاً، كما فيما نحن فيه.

على أنه قد يقال: إنه لما كانت بيد الاجير فهو بمنزلة كونه بيد المستأجر، لأنه وكيل ومأذون في وضع اليد او وديعة، فكأنه فعل العمل، والعين في يد المستأجر ولهذا لو عمل وهو في يد وكيله او يد الودعي، فالظاهر أنه لا يحتاج الى التسليم، فتأمل فيه.

وأنه اذا كان عملاً في ارض المستأجر، فإن الظاهر أنه حينئذ لا يحتاج الى تسليم الارض على نحو تسليم العقارات، بل يكفي العمل وان غصبت الارض، او

وكل موضع يبطل فيه العقد يثبت فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها، زادت عن المستى أو نقصت.

نحو: العمارة التي عملها قبل تسليمها، فتأمل.
ومنه ظهر وجه من يشترط في الاستحقاق كونه في ملك المستأجر، ودفعه،
فتأمل.

قوله: فكل موضع يبطل فيه العقد الخ. الظاهر، (وكل) كما هو في بعض النسخ، لعل دليل لزوم اجرة المثل - مع بطلان الاجارة في كل موضع الا ما استثنى، مثل ان يؤجر ويشترط عدم الاجرة او لم يذكر اجرة - هو أن مع البطلان لا اثر للعقد، فيرجع كل الى ماله، كما اذا بطل البيع يرجع البائع الى مبيعه والمشتري الى ثمنه، ولا يملك احد مال آخر ومنافعه، ولما تعدد الرجوع في الاجارة الى المنفعة، يرجع صاحبها الى عوضها، كما اذا تلف احد العينين.

وايضاً لاشك ولا خلاف في أن الاجارة الباطلة ليست مؤثرة للملك عوض الاجارة ولا منفعة، لأن معنى البطلان في غير العبادات عدم ترتب الاثر، فلا بد من ارجاع العين الذي هو العوض الى مالكه، وحينئذ لو لم يلزم شيء للاجير، يلزم الظلم وهو ظاهر، فلا بد له من عوض منفعة، وهو المراد باجرة المثل، سواء كانت مساوية للمستى، او زادت، ام نقصت.

ولأنه انما حصل الرضا في استيفاء منعة دار الغير ودابته مثلاً بالاجرة (باجرة - خ) فلا يكون متبرعاً، فلا بد له من عوض ولما لم يتعين يرجع الى العرف، وكذا استعمال الاجير وعمله للمستأجر كما في ساير الامور المرجوعة الى العرف، وهو اجرة المثل هنا.

وهذا ظاهر، مع جهلها ببطلان العقد واحكامه.
وأما مع العلم فلا، اذ يصير العالم كالمترجع مثلاً اذا علم الاجير أن اعماله بالعوض الخاص انما هو لهذا العقد الفاسد، فاذا عمل مع ذلك يكون متبرعاً في

العمل، وكأنه فعله من غير اعمال من عمل له فلا اجرة له، كمن يخيط ثوباً لشخص من غير اذنه بالاجرة وغير ذلك.

وكذا اذا علم المستأجر أن العامل لا يستحق بعمله هذا هذه الاجرة فسلمها اليه، فكأنه يوهبها له (١)، ويؤذن له في اتلافها، فيمكن ان لا يكون له الرجوع الى عوضه بعد اتلافه باذنه حالماً.

نعم لو اعتقد أنه وان لم يستحق الاجرة، ولكن له اجرة المثل فيصير كالجاهل، فتأمل.

ثم ان الظاهر أن العالم كالغاصب، لا يجوز له التصرف، ولا يستحق شيئاً لما مر، من أن الإذن أنها علم بالعقد لا اعتقاد أنه صحيح ويلزم الطرف الآخر ما يلزمه، وقد بطل وهو عالم بالفرص فيبقى اصل المنع على حاله، كما قيل في البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل ايضاً.

ويمكن ان يقال بطلان العقد مستلزم لبطلان جميع الآثار المترتبة شرعاً عليه (٢) بالنسبة الى الاجارة، كما هو المفهوم من شرح الشرايع في هذه المسألة. قال: فان قلت: أي فائدة في تسميته عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الاحكام واقامته مقام العارية؟ قلت: فساد بالنسبة الى الاجارة، بمعنى عدم ترتب احكامها اللازمة لصحيح عقدها، كوجوب العمل على الاجير ونحوه، لامطلق الاثر (٣). وهذا مفهوم من مواضع أخر، مثل بطلان الاجارة بالتعليق وبقاء الاذن وقد فصله في شرح القواعد.

وقد عرفت ما فيه وبقاء الاذن مع بطلان الوكالة برء الوكيل، ذكره في

(١) هكذا في جميع النسخ، والظاهر ان المراد كأن المستأجر سحب الاجرة له.

(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة وفي النسختين المخطوطين: لا بالنسبة للمنع.

(٣) انتهى كلام شارح الشرايع.

شرح القواعد أيضاً.

وكذا بطلان الاذن ببيع العبد دون وكالته (١) ولزوم اجرة المثل في المضاربة الباطلة وغيرها.

وفيه تأمل، اذ جميع الآثار والفوائد هو اثر العقد شرعاً، فاذا علم بطلانه شرعاً، وكون معناه بطلان عدم (٢) الاثر، فلا ينبغي بقاء اثر (الاثر - خ) له اصلاً، فإنه هلم سقط اعتباره في نظر الشرع، فلا اثر له اصلاً شرعاً، وهو المفهوم من البطلان فتأمل.

والتحقيق ان يقال: الاذن الباقي ليس اثر العقد، والتصرف فيه ليس بسبب العقد، بل لما وقع عقد اجارة على عمل او منفعة مثلاً على وجه خاص، فقد تحقق هنا العقد الذي رتب عليه الشارع احكاماً كثيرة، وفعل (فعلت - خ) بقصد حصول تلك (الاحكام - خ) للطرفين.

وقد يُعلم حينئذ في ضمن هذا، الاذن في التصرف في الجملة، بان (ان - خ) عدم أن صاحبه راض بالتصرف في هذا الامر، وفعل هذا العمل بموضع نقص (انقص - خ) من المقرر، وان لم يكن لازماً، وفي ضمن عقد لازم.

فهذا الاذن والتصرف الجائز والجعل ليس اثرًا للعقد الباطل، كما أنه اذا علم مقصود شخص من نقيض ما يلزم به سهواً، مثل ان يقول في مقام الاذن (لا يدخل)، مع قرينة صريحة في أنه يريد الدخول، او تقدم الطعام ويكرم الضيف، ويأخذ يده، ويحط على (الى - خ) الطعام ويقول له: لا تأكل، ومعلوم أن هذا اللفظ غلط وباطل، ولا اثر له، ألا أنه لما علم المراد يجوز التصرف من تلك الجهة.

(١) لعل المراد أنه اذا ادن المول لعبده ليعمل مثلاً ثم باعه بطل اخذه ولما اذا وكله ثم يسه لم تبطل

وكالته.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والظاهر زيادة لفظة (عدم) كما لا يخفى.

ففي كل موضع يعلم ذلك، لاشك في بقاء الاذن، ولزوم العوض على ذلك الوجه المعلوم، وبدونه عمل (فحل-خ) الاشكال من احتمال بطلان اثره بالكلية، كما هو ظاهر البطلان، وبقاء الاثر في الجملة وعدم ترتب ما علم عدم ترتبه عليه بدليل، وبقاء الباقي تحت العقد، وهذا بالحقيقة راجع الى عدم البطلان في الجملة.

فلا بد حينئذ من ان ينظر الى الدليل الدال على البطلان وكيفية دلالة، فان كان يفيد العموم ولو بقرينة فهو التبع، والا فالفردية عليه الدليل فقط، كما اشرنا اليه في بطلان الوكالة المعلقة وبقاء الاذن في الفعل الموكل فيه كما هو مختار التذكرة حيث علم ان لا دليل على البطلان عندهم سوى الاجماع المنقول في التذكرة، ومع ذلك هو قائل ببقاء الاذن وقال: فائدة البطلان والفساد انما تظهر في الجملة.

فعلم أن لا دليل على البطلان بالمرة، واصل الصحة وعموم ادلة العقد مفيد في الجملة، فتأمل.

ثم ان الاستثناء المذكور (١) منقول في شرح الشرايع عن الشهيد رحمه الله (٢) فالقسم الاول ظاهر، لأن مرجعته الى التبرع فان من قال: آجرتك نفسي لا عمل لك اليوم ولا اجرة لي، معناه اعمل لك من غير اجرة، فلا اثر لقبول المستأجر، بل ولا لاذنه وسؤاله، لو فرض وكأنه ما فهم (ما فهموا-خ) معنى آجرتك، او ما قصدوا معناه الحقيقي، بل المجازي، فكأنه ليس بعقد فاسد، بل اذن في العمل

(١) اشارة الى قوله في صدر المسألة: الا ما استثنى، مثل ما يوجب ويشترط عدم الاجرة الخ.

(٢) قال في المسالك: واستثنى الشهيد رحمه الله من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد،

او متضمناً له، كما لو لم يذكر اجرة، هل ينشأ يقرى عدم وجوب الاجرة لدخول العامل على ذلك، وهو حسن (ج ١ ص ٣٢٢).

ويكره الاستعمال قبل المقاطعة.

(عمل-ح) بلا اجرة، وآلا فلا معنى لهذا اللفظ، بل لا يتلفظ به عاقل رشيد عالم،
الآ ان يقصد المعنى المجازي، وآلا فلا يجوز استعمال مثل هذا الشخص ومعاملته الآ
ان يريد التدليس، حيث يثبت (ثبت-خ) له اجرة المثل لا الأجر المستحق، حيث
ان سقى لم يكن الآ يسيراً، فتأمل.

وأما القسم الثاني (فهو-وهو-خ) الذي ترك ذكر الأجر فيه، فحل
التأمل، اذ عدم الذكر ليس يدل على الرضا على عدم الاجرة بالسكينة، اذ قد يكون
نسيان او جهل واعتقاد انه معلوم مقرر، او أنه معلوم أن مع الاطلاق ينصرف الى
العرف.

وبالجمعة، الظاهر أن العمل الذي ظاهر حالها قصد الاجرة به-وكذا أن
الانتفاع بمنفعة خاصة أنها جور بعوض-، لزوم العوض المعين المسمى مع لصقة،
واجرة المثل مع البطلان، لما تقدم، حتى يعلم عدم العوض والتبرع، فتأمل.

قوله: ويكره الاستعمال قبل المقاطعة. الظاهر عدم الخلاف في ذلك
ويدل عليه الاخبار مثل رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه الصلوة
والسلام قال: قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن اجيراً حتى يعلمه
(يعلم-خ) ما أجره، ومن استأجر اجيراً ثم حبسه عن الجمعة يبوء بإثمه، وان هو لم
يحبسه اشتركا في الأجر (١).

يعني ليس اثم الترك الآ على الحابس، ولغير الحابس ايضاً أجر، مثل أجر
العامل.

ويدل على أن وقت الصلوة حتى الجمعة والجماعة مستثنى للعامل من يومه
وغيره، فافهم.

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب احكام الاجارة الرواية ٢.

(الخامس) اباحة المنفعة، فلو استأجر المسكن لإحراز الخمر والدابة لحمله والدكان لبيعه، بطل.

وصحيحة سليمان بن جعفر الجعفري الطويلة المشتملة على ضرب برضا عليه السلام وغضبه غضباً شديداً لقلمانه الذين استعانوا برجل في عمل وماعينوا له اجراً، وقال معتذراً عن فعله الضرب والغضب الشديد، فقال اني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة، واعلم انه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقطعة، ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعافه (اضاف - ثل) على اجرتك الا ظن انك قد نقصته اجرتك، فاذا (واذا - ثل) قاطعته اجرتك ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فان زدته حبة عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته (١).

وهذه تدل على جواز ضرب الغلام بعد المخالفة، لمثل ما تقدم، والغضب لذلك، وحسن الايفاء، وكونه بحيث يعرف العامل ذلك، والاجتناب عما يقبح، وان لم يكن مستحقاً.

وفي كلاهما (٢) دلالة على حواز المبالغة والتأويل، اذ الظاهر أنها محمولتان على الكراهة، لعدم ظهور القائل بالتحريم.

ويؤيده الاصل، وعموم ادلة الجواز وعدم ظهور وجه التحريم، وعدم صحة الاولى (٣)، وكونها ظاهرة في المبالغة، والتأويل، اذ لا يخرج عن الايمان بما ذكره، وظهور الوجه الذي يستعاد من قوله عليه السلام (اعلم) وعدم منعه الاجير المذكور عن ذلك العمل، بل الظاهر أنه تركه يعمل، والا لنقل، ولا شك أن الأحوط هو الترك.

قوله: الخامس اباحة المنفعة الخ. الشرط الخامس من شروط صحة

(١) لرسائل الباب ٣ من ابواب اسكام الاجارة الرواية ١. هكذا في جميع النسخ وفي الوسائل نقلاً عن الكافي والتهذيب زاد بعد قوله عليه السلام: (غير مرة) ان يعمل معهم احد (اجير - بب) حتى يقطعوه على اجرتك.
(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب وفي كليهما. (٣) وذلك لعدم توثيق هارون ومسندة.

الاجارة كون المنفعة مباحة فلو كانت محرمة فالظاهر أنَّ اجارة عينها لا سيئاً تلك المنفعة حرام، والعقد ايضاً باطل، فلو استأجر المسكن لاحتراز الخمر لا لقصد التخليل - وكذا الدابة والآدمي والسفينة لحملها، لا لقصد التخليل، ولا للاهراق او الدكان لبيعها فيه - بطل العقد، وفعل حراماً.

وكذا جميع المحرمات مثل اجارة آلات اللّهُ والقمار وجعل الخشب ونحوه صنماً دليل التحريم قوله تعالى: ولا تعاونوا على الاثم (١) ولا شك في كونه تعاوناً على الاثم في الجملة، والتعاون عليه مطلقاً منهي وحرام، والعقل ايضاً يساعده. ورواية جابر (صابر - خ) قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يواجر بيته يباع فيه (فيها - خ) الخمر؟ قال: حرام أجره (٢). وتحريم الاجر مستلزم لتحريم العقد وبطلانه.

ولا يضر عدم صحة السند (٣) باشتراك ابن سنان وجهل عبد المؤمن وجابر لأن الظاهر أنَّ ابن سنان هو عبد الله الثقة، بقرينة رواية علي بن النعمان عنه، وأنَّ عبد المؤمن ثقة، وجابر كآته المكفوف الممدوح، مع أنه مؤيد، فتأمل.

ثم ان الظاهر هو بطلان العقد على تقدير التحريم كما فهم من الرواية، ولأنَّ التهي فيه راجع الى العين بمعنى عدم صلاحيتها للانتفاع والانتقال، كما في بيع المجهول، للفرق وبيع الملاحق (٤)، ونحوها، وهو ظاهر، لأنه معلوم أنَّ الفرض أن

(١) الدائنة: ٢.

(٢) الوسائل الباب ٣٩ من ابواب ما يكتسب به (من كتاب للتجارة) الرواية ١ (ج ١٢ ص ١٢٥).

(٣) وسند الرواية - كما في التهذيب - هكذا: احمد بن محمد، عن محمد (علي) بن اسمعيل، عن علي بن

النعمان عن ابن مسكان، عن عبد المؤمن، عن صابر (جابر - خ).

(٤) قال في مجمع البحرين، وفي الخبر نهي عن بيع الملاحق والضماني لأنه حرر اريد بالملاحق - جمع

ملقوح - وهو حنين الناقة ولدها ملقوح به فحمل الجار لتهين.

هذا الانتفاع غير محال، فلا يصلح للاجرة، والعقد، فلا ينتقل من مالكه، ولا يملكه المنتقل اليه، وهذا ظاهر.

إلا أن في دلالة الآية (١) تأقلاً ما، اذ يشكل تعميمها بحيث يشمل ما نحن فيه.

واصل الجواز وعموم أدلة العقود، يفيد الجواز والانعقاد.

وكذا مكاتبة ابن اذينة (الحسنة لابراهيم) قال: كتبت الى ابي عبدالله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر (و-خ) الحازير؟ قال: (فقال-خ) لا بأس (٢).

ولا يضر المكاتبة بعد اعتبار السند، خصوصاً مع عدم وضوح سند ما يدل على المنع.

فيمكن ان يحمل ما يدل على المنع على أن يؤجره لذلك، ويعلم أنه يحمل عليه ذلك، ويستأجره لذلك، لا غير.

وظاهر كلام الاصحاب ايضاً ذلك، ولا شك حينئذ في دلالة الآية والعقل على تحريم ذلك، فلا شك في التحريم والبطلان حينئذ.

وأما الاجارة ممن عمله ذلك فلا يكون حراماً ويؤيده ما تقدم في بيع العنب لمن يعمل خراً، والخشب لمن يعمل صنماً وغير ذلك.

ومكاتبة عمر بن يزيد (الحسنة لابراهيم) (٣) قال: كتبت الى ابي عبدالله

(١) اشارة الى قوله تعالى: ولا تعاوموا الآية.

(٢) الوسائل الباب ٣٩ من ابواب ما يكتسب به (من كتاب التجارة) الرواية ٢ (ح ١٢ ص ١٢٦) وسندها - كما في الكافي - هكذا: علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن ابي عمير، عن عمر بن اذينة، قال: كتبت اليه

(٣) وسندها - كما في الكافي - علي بن ابراهيم عن أبيه، عن ابن ابي عمير، عن عمر بن اذينة، قال: كتبت اليه.

عليه السلام أسأله عن رجل (الرجل - خ) له كرم، أيسع العنب والتمر ممن يعلم أنه يجعله خراً، أو سكرأ؟ فقال: إنما باعه حلالاً في الآبان الذي يحمل شربه واكله، فلا بأس ببيعه (١) وغيرها.

ولا يبعد تنزيله على ان يعلم أنه يجعل العنب والتمر في الجملة خراً، لا أنه يعلم جعل عنبه الذي يبيعه خراً علماً يقينياً، لا يحتمل النقيض، فإن ذلك حينئذ معاونة منية، كما تقدم، فالظاهر تحريمه، فتأمل.

وجمع لشيخ رحمه الله بين رواية جابر ومكاتبة عمر في التهذيب بوجهين أحدهما جوز ان يكون الخبر الأول متوجهاً الى من يعلم أنه يباع فيه الخمر، فلا يجوز له اجارة البيت لمن ذا صفته والثاني انما يتوجه الى من يواجر دابته او سفينة وهو لا يسم ما يحمل عليه (عليها - خ) ثم علم ذلك (٢) لم يكن عليه شيء. ووجه الآخر انما حرم اجارة البيت لمن يبيع الخمر، لأن بيع الخمر حرام، واجاز اجارة السفينة يحمل فيها الخمر، لأن حملها ليس بحرام، لأنه يجوز ان يحمل لان بيعه (ليجعله - خ) خلا، وعلى هذا لا تنافي بين الخبرين (٣).

ولا يخفى أن الوجه الثاني لا يتم لاشتغاله على التحذير، إلا أن يحمل من التحذير ايضاً على وجه لا يكون الانتفاع به حراماً كالخمر للتخليل، او الارقة. وأن لوجه الأول ما اشرنا اليه، وأنه حين العلم لا يجوز له اتسيم، بل يجب منعه عن ذلك الحمل، من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، ن تحقق شرايطه، ومع ذلك يستحق الاجرة، وان لم يستعملها المستأجر حتى مضت المدة.

(١) الوسائل الباب ٥٩ من ابواب مايكسب به (من كتاب التجارة) الرواية (ج ١٢ ص ١٦٩).

وقوله: سكرأ: السكر بالتحريك فييد التمر (يجمع البحرى).

(٢) وفي التهذيب: ثم حل فيه ذلك الخ.

(٣) انتهى كلام التهذيب.

(السادس) القدرة على تسليمها، فلو آجر الآبق لم يصح.

وبالجملة الظاهر من العقل والنقل مثل الآية المتقدمة عدم الجواز وعدم صحة الاجارة للاستعمال في المحرم. و(او-ح) علم ذلك علماً يقينياً، وآ فلا، وكذلك يسعي في البيع، وبه يجمع بين الأدلة، فتأمل.

قوله: السادس القدرة على تسليمها الخ. من شريط الاجارة قدرة الموجه على تسليم العين المستأجرة الى المستأجر.

ولا شك في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة التسليم في الجملة، يمكن الانتفاع المطلوب منها، اذا استيجار الغير المقدورة التي لا يمكن الانتفاع المطلوب منها سفه وخرق ولا يجوز.

والظاهر عدم الخلاف فيه، ويدل عليه العقل والنقل (١) مثل استيجار الاخرس للتعليم والأعمى لحفظ متاع بالبصر.

وأما اشتراط كون تسليم المفعة مقدوراً للموجه، فالظاهر، لا، بل يكفي إمكان التسليم، فلو كان المستأجر قادراً على استيفاء المفعة باخذ العين من الغاصب بنفسه او بمعاونة غيره، فالظاهر جواز استيجاره.

وكذا الظاهر جواز استيجار المنصوب من الغاصب للتسليم.

والظاهر أنه بمجرد العقد يخرج عن الضمان والغاصبية، ولا يشترط الأخذ ثم التسليم، ولا مضي زمان يمكن ذلك، ولا رضا الغاصب بالإعطاء، وترك الغصب، وان كان واجباً عليه في صحة العقد والخروج عن الضمان، لعدم الأدلة والاصل، وانتقال الملك، فلا ضمان.

وكذا لو ادعى المستأجر القدرة على تسليم الآبق او الموجه على التسليم،

(١) راجع الوسائل الباب ٣٩ من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة ج ١٢ ص ١٢٥ والباب ١ من

كتاب الاجارة ج ١٣ ص ٢٤٢.

ولو منعه المؤجر سقطت، والأقرب جواز المطالبة، بالتفاوت.

سواء كان مقدوراً عادة ام لا، ولا بعد في صحة الاجارة، لعموم الادلة، وعدم ثبوت المانع.

ثم ان بذل الجهد ولم يمكن التسليم تبطل الاحارة، ولم يلزمه شيء، لأن لزوم الاجرة موقوف على امكان التسليم والتسلم، ألا ان يقصر المستأجر مع لقدرة، ويكون هو المدعي لها، فيلزم.

ولا يبعد أيضاً صحة الاجارة مع انضمام شيء مقصود معه، بحيث يخرج عن السفه والغرر، كما مر في البيع، لعموم الادلة، وعدم ثبوت ما فرض منعا، لا (١) بالقياس الى البيع وكونه اولى منه، فان المسامحة في الاحارة أكثر فنع (٢) لقياس والاولوية ولزوم الاختصار على النص، فتأمل.

وبالجملة عموم ادلة الاجارة يفيد الجواز والصحة مطلقاً، ألا ما علم بخروجه مثل ما لم يكن مقدوراً عليه اصلاً منعداً، فانه سفه وغرر وجمع عليه، وأما غيره فلا، بل يصح ولزومها موقوف على التسليم، ألا ان يكون خارجاً بدليل من اجماع ونحوه، فتأمل.

قوله: ولو منعه المؤجر الخ. اي لو منع المؤجر المستأجر من التسليم. بان لا يسلم العين اليه عند المطالبة التي يجب معها التسليم. سقطت الاحرة، أي تبطل الاجارة، فليس للمؤجر مطالبة الاجرة منه، فان التسليم وعدم المنع كان شرطاً للاستحقاق بالاتفاق، فليس لأحد على الآخر شيء، وينفسخ العقد نفسه، لأنه بمنزلة تلف المبيع والعين قبل التسليم.

ولا يبعد ان يكون له الخيار وعدم البطلان ألا بنسخه، ويكون له الصبر

(١) في بعض النسخ المخطوطة: ألا بالقياس.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، لنع القياس.

ولو منعه ظالم قبل القبض تخير في الفسخ والرجوع على الظالم،
ولو كان بعده لم تبطل، وله الرجوع على الظالم خاصة.
ولو انهدم المسكن فله الفسخ، فيرجع بنسبة المتخلف، إلا أن
يعيده المالك.

والرضا بالعقد، وحينئذ ان فسخ يبطل، كما مر، وان كانت اجرة مثل العين زائدة على
المستقى، يكون للمستأجر مطالبة المؤجر بها، ايضاً، لأن المنفعة مملوكة له، وقد منعه
عنها، وهي مضمونة، كالأعيان، وكما اذا غصب العين غاصب، واليه اشار بقوله:
(والاقرب الخ) وليس ببعيد، فتأمل، والظاهر أن له حينئذ الفسخ والرجوع الى
عين اجرته فقط.

قوله: ولو منعه ظالم الخ. أي لو منع المستأجر- قبل قبض العين المستأجرة
عن انتفاعها- ظالم غير المؤجر، تخير المستأجر بين فسخ العقد وعدم مطالبة أحد إلا
المؤجر في أخذ اجرته ان سلمها، فيطالب المالك الظالم باجرة المثل كلاً او بعضاً،
وبين عدم الفسخ فيطالب الظالم بالعين المنتفع بها، ويأخذ اجرة المثل في مدة المنع،
ويأخذ منه المالك المستقى، لالتزامه بالعقد (العقد-خ).

وان كان بعد القبض فليس له الابطال ولا يبطل العقد، بل له الرجوع
على الظالم خاصة، وعليه المستقى للمالك، والعين مضمونة له في يد العاصب.
ولا يخفى أن هذا اذا كانت المستأجرة غير الادمي الحر او (و-خ) استوفى
المنفعة، بناء على ما تقرّر عندهم من أن منافعه لا تضمن إلا بالاستيفاء، وان لم
يكن هذا غير معلوم لي.

وأه لو غصب المؤجر بعد التسليم، فالظاهر أنه كالعاصب الاجنبي.
قوله: ولو انهدم المسكن الخ. أي لو انهدم المسكن المستأجر- بحيث لم
يمكن الانتفاع به، او انقض ونقص نقصاناً لو كان قبل العقد لم يرغب في الاجارة

وليس له الالتزام بالعمارة.
ولا الانتزاع من الغاصب، وان تمكن.

عرفاً بالاجرة المقررة. لم يفسخ بل للمستأجر فسخ العقد، والرجوع الى المالك بعد الفسخ بمقدار حصة الباقي من اجرة المدة، الا ان يعيد المالك المسكن الى اصده، بحيث فرض عدم فوت منفعة معتدها قبل الاعادة، وضرر المستأجر في تلك المدة.

وله ايضاً الصبر وعدم الفسخ، فيلزم كل الاجرة، وهو ظاهر.
ودليل جواز الفسخ ظاهر، على تقدير خروج المستأجر عن الانتفاع المطلوب عرفاً، وعدم دخل للمستأجر في حصول الانهدام، وهو انتفاء (١) الضرر وان لزوم الاجرة مشروط ببقاء العين في يد المستأجر منتفعاً بها، فانها ليست الا في مقابلة الانتفاع في الزمان المقرر، وهو ظاهر.

واما اذا كان غير ذلك - بان كان مسكناً فاضلاً، وليس لوجوده في هذا الانتفاع بالدار المستأجر اثر او كان بحيث ما بقيت الدار على الحالة الاولى مرغوبة في الجملة، لا أنه صار بحيث لا يليق حينئذ بحال المستأجر بتلك الاجرة - فيحتمل عدم الفسخ بل نقص الاجرة المقابلة لبقائه غير منهدم، فتأمل.

قوله: وليس له الالتزام بالعمارة الخ. أي ليس للمستأجر بعد انهدام المسكن تكليف المؤجر بعمارته، لأنه تكليف منفي بالاصل، وليس عليه الاتسليم ما آجره، مع ما يتوقف عليه الانتفاع من الابواب والمفاتيح وما يمنع الانتفاع من التراب والحجارة وغير ذلك، ولما التعمير بعد الخراب فلا.

قوله: ولا الانتزاع من الغاصب الخ. أي ليس على المستأجر انتزاع العين المستأجرة من يد الغاصب، اذا كان قادراً على ذلك، واعطاء الاجرة ان غصبها قبل القبض، بل له الفسخ حينئذ كما مر.

(١) في بعض النسخ المخطوطة والنسخة المطبوعة: وهو الضرر

«المطلب الثاني في الأحكام»

الاجارة عقد لازم من الطرفين لا تبطل الا بالتقاييل، او احد اسباب الفسخ، لا بالبيع، والعذر مع امكان الانتفاع.

فلوقدّمه على قوله: (ولو اهدم) -وقال: (ليس عليه)- لكان أظهر. ويحتمل ان يكون المعنى، وليس للمستأجر الرام المؤجر، بانتزاع العين المستأجرة وتسليمها اياه ان غصبت قبل القبض، وان تمكن من ذلك، للاصل، ولأن له خياراً حينئذ فلا ضرر عليه.

وهذا انسب بالنسبة الى سوق الكلام، الا ان فيه تكلفاً من حيث اللفظ لأن المناسب (ولا بالانتزاع)، وبحسب المعنى أيضاً، اذ لا يبعد أن له الالتزام، لأن العقد لازم، وقد اقتضى وجوب التسليم على المؤجر، والفرض قدرته، ولهذا ليس له ان يجبس، ويقول لك الفسخ، فلا يتضرر، فالظاهر ذلك، لعموم لادلة.

قوله: المطلب الثاني في الاحكام، الاجارة عقد لازم الخ. الظاهر أن لاختلاف عندنا في كون عقد الاجارة لازماً لا يجوز لاحدهما فسخه بدون رضا الآخر، ولا يبطل الا بالتقاييل، وما يعرض من اسباب الفسخ -مثل ان تعذر الانتفاع، بنقص (بنقص -خ) (بنقص -خ) العين، وانهدامها، وغير ذلك من اسباب الفسخ -لدليل.

والدليل عليه مثل اوفوا بالعقود (١) والمؤمنون عند شروطهم (٢). ويدل عليه ايضاً صحيحة علي بن يقطين قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقل أو أكثر؟ قال: الكرى لازم الى

(١) ثلاثة. ١.

(٢) راجع الوسائل مادة حديث ٤ من ابواب المهورج ١٥ ص ٣٠.

الوقت الذي اكتراه اليه، والخيار في اخذ الكري الى ربتها ان شاء اخذ وان شاء ترك (١) ومثلها رواية محمد بن سهل عن ابيه (٢).

ولا يضر عدم التصريح بتوثيق محمد.

والظاهر أن دليل الفسخ - بالتقابل - الاجماع وخبر من اقال نادماً (٣) ان الذي مر في البيع، وهو عام لا خصوصية له بالبيع، فافهم.

ولباقي اسباب الفسخ دليل يخصه، واذا لم يكن له دليل لم يثبت.

ولا يبطل بيع العين، اذ لا منافاة بينه وبينها، نعم يمكن ان يثبت الخيار

للجاهل بذلك، ولو كانت المنافسة ثابتة لبطل البيع العارض عليها لا الاجارة.

ويذكر على الصحة حسنة حسين بن نعم (التمة في كتاب وقوف التهذيب)

عن ابي الحسن موسى عليه الصلوة والسلام - الى (قوله:) - قال ابو جعفر عليه السلام

لا ينقض البيع، الاجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه (تبيعه - ثل) على أن الذي

يشتره (اشتره - ثل) لا يملك ما اشتريه، حتى تنقضي السكنى على ما (كما - ثل)

شرط وكذلك الاجارة (الحديث) (٤).

ومكاتبة يونس الى الرضا عليه الصلوة والسلام قال كتبت الى الرضا

عليه السلام اسأله عن رجل قتل من رجل أرضاً أو غير ذلك منين مسمة، ثم إن

المتقبل (المقبل - ثل) اراد بيع ارضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسمة، هل

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١ وفي التهذيب كما في الوسائل يتكاري من

الرجل البيت او السهينة سنة لو اكتر من ذلك (اولا من ذلك - خ).

(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١ بالسند الثالث.

(٣) راجع الوسائل الباب ٣ من ابواب آداب التجارة (من كتاب التجارة) وهو من فذل مسماً الحج.

(ج ١٢ ص ٢٨٦).

(٤) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٣.

ولا بالموت من المؤجر والمستأجر، على رأى.

للمستأجر أن يمنع من البيع قبل انقضاء أجله الذي قبلها منه له، وما يرمي للمستأجر له؟ قال: فكتب له ان يبيع اذا شرط على المشتري أن للمستأجر من السنين مائة (١). ولا يضر عدم صحة السند (٢)، لاشتراك يونس وعلي بن احمد، لأنها مؤيدة.

وهذه تدل على الصحة مع بيان الحال والشرط، فيمكن فهم الصحة مع عدم ثبوت الفسخ، فافهم.

ويدل عليه مكاتبة اسحق الراكاني قال: كتبت الى رجل أي ابي الحسن الثالث عليه الصلوة والسلام رجل استأجر ضيعة من رجل فباع لموخرتك بضيمة التي آجرها بمصرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فأتى المشتري وله ورثة أيرحم ذلك في الميراث او يبقى في يد المستأجر الى ان يقضي اجارته؟ فكتب عليه السلام: الى ان تقضي اجارته (٣).

ولا دلالة فيها على الطلان، ولو كان محذور المستأجر ورصاه.

ولا يبطل بالعذر مع امكان استيفاء المنفعة، مثل ان ضعفت الدبة، او خربت الدار في الجملة او مرض العامل، او مرض المستأجر، بحيث لا يقدر على السفر، مع كون الاحارة مطلقة، فإنه يمكن الانتفاع بان يوجر اندابة غيره، ونحو ذلك، فتأمل.

قوله: ولا بالموت من المؤجر البخ. الظاهر أن الاقوال ثلاثة لطلان

(١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب احكام الاحارة الرواية ٤.

(٢) وسندها - كما في الكافي باب من يواجر ارضاً الخ هكذا محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن عبي

بن محمد عن يونس

(٣) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب احكام الاحارة الرواية ٥، وفي الوسائل كما في الكافي احمد بن

اسحق وفي الكافي (الرازي) يد الراكاني والظاهر انه هو الصحيح لعدم العثور على اسحق الراكاني

مطلقاً، وموت المستأجر فقط، وكأنه مذهب الى عكسه أحد، وعدم البطلان مطلقاً، ألا فيها استثنى كما سيجيء.

دليل الاخير اوضح وهو الاستصحاب، وعموم ادلة صحة العقد، ولزومه عموماً وخصوصاً، مثل صحيحة علي بن يقطين ومحمد بن سهل المتقدمتين (١).
وأنه لا شك أن بالعقد صارت المنفعة ملكاً للمستأجر، والاجرة ملكاً للمؤجر، فينتقل الى الورثة لادلة الارث.

وأن ملك شخص لا يزول عنه وعن ورثته، إلا بالدليل والمانع، ولا دليل هنا، وليس المانع فرضاً إلا الموت، وهو لم يصلح، اذ لا منافاة بين الملكية والانتقال الى الورثة بعد الموت.

ويذكر عليه ايضاً رواية إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت الى أبي الحسن صلوات الله وسلامه عليه، وسألته عن امرأة آحرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجارة (الاجرة-خ) في كل سنة عند انقضائها، لا يقتم لها شيء من الاجارة (الاجرة-خ) ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين او بعدها، هل يجب على ورثتها انماذ الاجارة الى الوقت ام تكون الاجارة منقضية بموت المرأة؟ فكتب عليه السلام: ان كان لها وقت مستى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة، فان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه او نصفه او شيئاً منه، فتمطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء الله (٢).

ولا يضر عدم صحة سندها لأنها مؤيدة.

وهي تدل على جواز شرط نجرية الاجرة، وشرط تأخيرها عن العقد.
وسيدان دلالتها على المطلوب، أنها تدل على عدم البطلان بموت المؤجر

(١) راجع الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب الاجارة الرواية ١ ج ١٣ ص ٢٦٨.

ولا بالعتق، ولا يرجع العبد بما بعد العتق، ونفقته على مولاه،
على اشكال.

صريحاً وموت المستأجر بالاجماع المركب.

وما نعرف دليلاً على البطلان بموتها سوى ما نقل في الشرح من الاجماع،
وانت تعلم ضعفه في مثله، وما يعرف على القول الفارق دليلاً، وعدم الدليل دليل
العدم.

وأما استثناء أنه اذا كان شرط استيفاء المنفعة بنفس المستأجر والاجر،
فدليله ظاهر.

وكذا الموصى له بالمنفعة مدة حياته، مثل الاجارة، ولكن هو بالحقيقة تلف
احد الاركان.

وكذا استثناء العين المستأجرة وقفاً، بموت المؤجر، فإنه بمنزلة انقضاء المدة،
لأنه إنما هو له الى حين موته.

ولكن استثنى من بطلان اجارة الوقف بموت المؤجر، ما اذا مات لناظر المؤجر
لمصلحة الوقف او للبطون كلها، فإنها لا تبطل حيث بموت الناظر، لأنه حيث
بمنزلة الوكيل، فلا موت للمؤجر حقيقة وهو ظاهر، وذكره بعض الاصحاب،
فتأمل.

قوله: ولا بالعتق الخ. أي اذا أحرع عبده ثم اعتقه لم تبطل الاجارة
بالعتق، لما تقدم، ولا يرجع العبد باجرة ما بقي عليه من مدة الاجارة على السيد، ولا
على المستأجر، لأن الاجرة قد ملكها السيد في زمان كونه مالكاً له، والمنفعة انتقلت
الى المستأجر، فصارت مملوكة له ايضاً بالعوض، فلا سبيل للعبد من الرجوع على احد
مهما.

وأما لزوم نفقته في تلك المدة على السيد ففيه اشكال، من أنه أخذ منافعه،
فما بقي له كسب ومنفعة، ونفقته من منفعتيه، فيلزم من له المنفعة، ولأن العبد

وتبطل بالبلوغ.

وتصح اجارة كل ماتصح اعارته.

لسلوب منفعة لسيد بمنزلة عبده، وللاستصحاب.

ومن أن البقرة أنها كانت واجبة عليه لكونه ملكاً له، وبعد العتق لا ملك .
ويحتمل كونها على بيت المال، والزكاة، ومع التعذر على الاعبياء كفاية،
كما قيل في العاجز (العاجزين - ح) عن الكسب والمرضى وغيرهم، ومعلوم أن
البحث مع تقدير عدم وجوبها على المستأجر.

قوله: وتبطل بالبلوغ. يعني يجوز للولي أباً كان أو جذاً أو وسيّاً أو أمينه
اجارة الاطفال مع المصلحة، ولكن بحيث لا يكون زمان انبلوغ بالسّن دخلاً في
المدة، فتبطل.

ويحتمل بطلان الزيادة فقط، وعلى القول بصحة الفضولي يحتمل توقفه على
اجازة الصبي بعد بلوغه ورشده، مع بقاء اصل الاجارة، بشرط بقاء شروطها.
واذا بلغ بالاحتلام ونحوه ورشد تبطل الاجارة فيما بقي من المدة، اذ لا تسقط
لاحد عليه حيث لا قبل بالبلوغ ولا بعده، فيرجع المستأجر الى الولي بالنسبة الى اجرة
تلك المدة الباقية، وهو ظاهر.

ولكن يحتمل عدم البطلان، وكونه موقوفاً على اجازته بعد البلوغ والرشد،
بناء على جوار الفضولي، كما هو مذهب المصنف.

فيمكن ان يراد بالبطلان عدم اللزوم، وبطلان العقد باعتبار لزومه، وقال
في القواعد: هو مختارين الامضاء والفسخ.

قوله: ويصح اجارة كل ما يصح البيع. أي كلما يصح اعارته من
الاعبياء للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً يصح اجارتها ايضاً، لأن الاجارة
تمسك بالمنفعة بعوض، والعارية بدون عوض، فلا فرق بينهما، فكل ما يصح فيه
احدهما يصح فيه الآخر.

والمشاع.

والمستأجر أمين، لا يضمن الآ بالتفريط، او التعدي، او تسليم العين بغير اذن.

ووجه قيد (التي لا تكون عيناً)، ظاهر فأنه قد نقل الاجماع في التذكرة وغيرها، على عدم صحة الاجارة عندنا اذا كان المفعة المنتقلة عيناً، مثل لبن الشاة وثمرة بستان، ونحوهما، ولهذا ترك القيد.

فلا يرد عليه أنه يجوز اعارة الشاة ونحوها ولا يجوز اجارتها، ولا يحتاج إلى الجواب بأن المراد، غالباً، كما قاله المحقق الثاني، فتأمل.

قوله: والمشاع. أي يصح اجارة المشاع المشترك بينه وبين الغير، لعدم ادلة الاجارة، مع عدم صلاحية الاشاعة والشركة للمنع، وللاصل وعدم المناقاة، إلا أنه لا يسلّم العين المشتركة إلا باذن الشريك، واذا لم يأذن يرفع امره إلى المحاكم، كما اذا نازع الشريكان.

وايضاً اذا لم يكن عالماً يمكن ثبوت الخيار للمستاجر، فتأمل.

قوله: والمستأجر أمين الخ. يعني ليس يد المستأجر يد ضمان وغصب، يضمن بكل تلف، وعلى كل حال، بل يد امانة مالكية، للاصل، ولأنه متصرف باذن المالك، فلا يضمن المستأجرة ان تلفت الآ بالتفريط بترك ما يجب عليه فعله، مثل سقيها وعلفها وحفظها على سبيل جرى العادة، او بالتعدي بفعل مالا يجوز له، مثل ان يحملها أكثر مما استأجر له، او تجاوز عن المسافة المشترطة، او ضررها فوق العادة ونحوها.

وجه الضمان مع احدهما (١) ظاهر، كوجه عدمه مع عندهما.

ويضمن ايضاً بتسليم العين المستأجرة الى غيره بغير اذنه في صورة لا تجوز

(١) أي التفريط او التعدي.

لا بالتضمن.

وهو داخل في التعدي ايضاً.

ويمكن ان يكون المراد الضمان مع تسليمه العين المستأجرة الى المستأجر الثاني بغير اذن المؤجر، او تسليمها للانتفاع الى غيره، مع كون الاجارة لاستيفاء شخص معين، او مطلقاً، وان قيل بجواز التسليم الى الغير للانتفاع في المطلق، كما قيل بجواز اجارتها، وتسليمها الى المستأجر الثاني، مع كونه ضامناً، وقد مر تفصيله، فتذكر، وتأمل.

قوله: لا بالتضمن. أي لا يضمن المستأجر بان يشترط عليه المؤجر الضمان وان لم يفرض لأنه شرط مخالف لما ثبت شرعاً، وهو كون المستأجر اميناً لا يضمن الا بالتفريط، فلا يصح هذا الشرط.

ويمكن ان يبطل بطلانه المشروط ايضاً، كما هو مقتضى الشرطية، ويحتمل بطلان الشرط فقط، والاول اوضح دليلاً، اذ الرضا ما وقع الا بالشرط، وما حصل، وبدونه ما حصل.

وبالجمله الظاهر بطلان المشروط لبطلان شرطه، الا ان يكون دليل على الصحة بخصوصها.

وعلى تقدير بطلان الشرط عدم الضمان معلوم، وكذا مع بطلان العقد ايضاً، للاصل، ولما تقرر عندهم من أن كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. ويمكن ان يقال ادلة صحة العقود والشروط تقتضي صحة هذا الشرط ايضاً، وكونه شرطاً مخالفاً لما ثبت شرعاً غير ظاهر، اذ عدم الضمان بدون الشرط الا مع التفريط لا يستلزم كونه كذلك معه ايضاً، فتأمل.

وفي رواية موسى بن بكر (دلالة على صحة الشرط والضمان) عن ابي الحسن عليه الصلاة والسلام قال: سألت عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً واشترط عليه ان نقص الطعام فعليه؟ قال: جائز، قلت: إنه رتبها زاد

ويصح خيار الشرط فيها.

ولو وجد بالعين عيباً فسخ، او رضى بالاجرة بكما لها، وان فأت به بعض المنفعة.

الطعم؟ قل: يقال: يدعي الملاح انه زاد فيه شيئاً؟ قلت: لا، فقال هو لصاحب الطعام الزيادة وعلمه النقصان اذا كان قد اشترط عليه ذلك (١).
ويؤيده حواز هذا الشرط والضمان معه في العارية، مع (و-خ) عدمه بدونه، فتأمل.

قوله: ويصح خيار الشرط فيها. دليله عموم ادلة صحة الاجارة وشروط وعدم ظهور ما يمنع، فيدخله خيار الشرط، سواء اشترط لها او لاحدها او لاجبي، كما في البيع.

قوله: ولو وجد بالعين عيباً الخ. أي لو وجد المستأجر بعد الاجارة بالعين المستأجرة عيباً يوجب الرد، وكان جاهلاً به حين العقد، يجوز له الفسخ، للعيب الموجب، ولعدم التكليف بالضرر جهلاً، وللتدليس، ولأن العقد يقتضي الصحة، فلا يلزم بدونها، فلو لم يلزم بطلانه فلا اقل ان لا يلزم. ولأنه لو لم يكن الصحة في الجملة اتفاقية كان البطلان رأساً متوجهاً، فيجب عدم لزومه.

وكذا له الالتزام بالعقد ايضاً، فانه يقص حقه، وله ذلك مع مصلحته، كما يعمل في غيره، ولما تقدم من عدم البطلان، فله الالتزام، وان فات بالعيب الموجود بعض منفعة، لانه تصرف في ماله باختياره.

(١) هكذا في جميع النسخ، ونكر في مستطرفات المراسل والوسائل نقلاً عنه هكذا. موسى عن العبد الصالح عليه السلام، قال سألت عن رجل استأجر ملاحاً وحمله طعاماً في صبيته واشترط عليه ان يقص عليه، (قوله ان يقص عليه - ثل) قلت هرتما زلذا؟ قال - يدعي انه راد فيه؟ قلت لا، قال هولك، راجع الوسائل الباب ٢٧ من أبواب الاجارة.

ويجب على المستأجر سقي الدابة وعلقها، فلو أهمل ضمن.
والقول قوله في القيمة مع التفريط.

وليس له لرضا والالتزام به مع الارش، كما قاله المحقق الثاني في البيع، لعدم الدليل، وقياسها على البيع باطل باصولنا، فتأمل.
قوله: ويجب على المستأجر الخ. قال في شرح الشرايع والقواعد إن المراد من مال المستأجر ثم رجحا عدم كونه من ماله، والقرينة على ذلك موجودة في القواعد حيث قال بعد ذلك: ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على لأجير كان وجهاً.

يعنى اذا استأجر دابة ولم يكن صاحبها معها والدابة في يده يجب على المستأجر سقيها وعلقها سواء شرطه عليه ام لا، لوجوب حفظ النفس، ومال الغير اذا كان تحت يد الانسان.

ولكن ينبغي ثبوت الرجوع الى المالك مع عدم الشرط المسقط، وعدم تبرعه، فهو امكن إذنه يستأذن، وآلا فالحاكم، وآلا استشهد، وآلا قصد الرجوع.
ولظاهر أنه يقبل قوله في عدم التبرع، لأنه فعله، وللأصل، فلو أهمل في ذلك ضمن بتفها، بل بنقصها ايضاً، لأنه مستند الى تقصيره، فيضمن، فتأمل هذا.
ولكن في صورة شرط كون صاحبها معها، او العادة، تقتضى ذلك، ايجاب العلف والسقي على المستأجر والضمان مع الاهمال، خصوصاً اذا كان شخصاً ليس من شأنه ذلك تأمل، والأصل دليل قوي، وكذا كون المالك معصراً، فتأمل.

قوله: والقول قوله الخ. يعنى المسموع قول المستأجر في مقدار قيمة العين استأجرة مع التلف بالتفريط، بل في جميع الصور التي يلزمه الضمان مع يمينه، لأنه الغارم، وللأصل، وفي رواية ابي ولاد الطويلة الصحيحة (١) اشارة اليه، ون كن

(١) بوبل الباب ١٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١ وفيها: قال - قلت له (يعني لابي عبدالله

ويضمن الصانع كالمقصر بحرق الثوب او بخرقه، والطبيب
والختان والحجّام وغيرهم، وان كان حاذقاً واحتاط واجتهد، ولو تلف
في يده من غير سببه (سبب - خ) فلا ضمان.

فيها ما يشعر بان القول قول صاحب المال، والاصل دليل قوي، فتأمل.

قوله: ويضمن الصانع (خ - ل الصانع) الخ. أي يضمن الصانع اذا
تلف او نقص ما في يده بسببه كحرق الثوب وخرقه في يد المقصر (بعمله - خ)
وتلف المريض بدواء الطبيب، وما يتلف بفعل الختان والحجّام، وغيرهم، وان
كان كل واحد منهم حاذقاً واحتاط واجتهد.

والظاهر أنه يدخل في التلف بدواء الطبيب، ما اذا علم ترتب التلف
بالتقى بامرّه، وان لم يباشر السقي بيده، لا مجرد وصفه أنّ الشيء الفلاني نافع لمرض
كذا، أو المرض الحاضر، مع الاحتمال في الأخير، اذ بحسب الظاهر يقال انه تلف
بدوائه، والمتعارف من عمله ذلك، لا الارام أو السقي، بل تعيين المرض ووصف
دواء نافع له، والاصل يقتضي العدم، حتى يتحقق بالدليل.

والظاهر أنّ دليل الكل هو الاجماع المدعى في شرح القواعد وشرح الشرايع
وأنّ الاتلاف الغير المأذون في الاتلاف موجب للضمان.

والظاهر عدم صدقه في مادة الطبيب ونحوه (١)، ولا نعلم دعوى الاجماع
فيه، الا مع المباشرة، فيحتمل الضمان بها وبالأمر ايضاً، لا غير فتأمل.
ويؤيد العدم في الطبيب ونحوه أنه قد يجب عليه الطباية وكذا الختان، كما اذا

عليه السلام) ارايت لو عطب البخل ونفق اليس كان يلزمي؟ قال: نعم قيمة بخل يوم خالفته، قلت: فان اصاب
«بخل كسر» لو «دبر الوعر» فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم برّده عليه، فقلت: من يعرف ذلك، من:
انته وهو، إمّا ان يظنّ هو على القيمة فيلزمك، فإن ردة البخل عليك، فطعنت عن القيمة، لرمه ذلك، أو يأتي
صاحب البخل بشهود يشهدون أنّ قيمة البخل حين اكترى كذا وكذا، فيلزمك الخ راجع تمام الحديث

(١) لا يعني انه ليس في شرح الشرايع لفظ الطبيب.

كان واجباً على المحتون، قبل فلا اجرة له حينئذ كما صرح به في القواعد، فإن التضمن مع الايجاب بعيد، وهو جار في كثير من الامور فتأمل.

ويدل على ضمان الصانع المفسد، الرواية، مثل حسنة الحلبي (لإبراهيم) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن القصار يفسد؟ فقال: كل أجير يعطى الاجرة (الأجر - كايب) على ان يصلح فيفسد، فهو ضامن (١).

ويمكن ادخال الطبيب والبيطار الذين يريدان الأجر، ونحوهما فيها.

وهي تدل على عدم الضمان على المتبرع، بالمفهوم، فتأمل.

وكذا رواية السكوني وأبي الصباح وغيرهما (٢).

وقال في القواعد: ويضمن الصانع ما يجنيه وان كان حاذقاً، كالقصار يخرق الثوب، والحمال بسقط حمله عن (على - خ) رأسه، او يتلف بعثرته، والجملال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شد به حمله، والملاح يضمن ما يتلف من يده او جذفه (٣) او ما يعالج به السفينة، قال في شرحه: للنص والاجماع في ذلك، فتأمل فيه.

وأما اذا تلف شيء في يد الصانع ونحوه بغير فعله فلا يضمن، الا مع التفريط كما مر، ودليله الاصل، وكونه أميناً.

ويدل عليه صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١ وسندها - كما في الكافي - في باب ضمان

الضمان علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد، عن الحلبي.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٦ و ٨ وغيرهما من روايات الباب

فراجع.

(٣) يقال تجلف الملاح السفينة، ساق السفينة بالمجداف، المجداف بالذال المهملة وبالذال المعجمة

حشة طويلة مبسوطة لحد الطرفين تسير بها القوارب القارب الحية الصغيرة جمع قوارب (لغزب الموارد).

قال: سألته عن الصباغ (القصار-خ) والصائع؟ فقال: ليس يضمنان (١).
وقد حملها الشيخ (٢) على أنها اذا كانا مأمونين، وأما مع التهمة
فيضمن.

وبدل عليه روايات كثيرة، مثل صحيحة الحلبي (على الظاهر) عن أبي
عبدالله عليه السلام قال في الصائع والقصار ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه
على أمر بين أنه قد سرق فكل قليل له او كثير فهو ضامن وان فعل فليس عليه شيء
وان لم يفعل ولم يقسم عليه البينة وزعم انه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه الا
ان يكون له على قوله البينة وعن رجل استأجر اجيراً فاقعده على متاعه فسرقه؟
قال: هو موثمن (٣).

وصحيحة أبي بصير (على الظاهر) قال: سألته (عن أبي عبدالله
عليه السلام - كما - تل) عن قصار دفعت اليه ثوباً فرعم أنه سرق من بين متاعه؟
قال: فعليه ان يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه، وليس عليه شيء، وان سرق
متاعه (كله - كما) فليس عليه شيء (٤).

وصحيحة داود بن سرحان (الثقة) عن أبي عبدالله عليه الصلوة والسلام في
رجل حمل متاعاً على رأسه، فاصاب انساناً فأت أو انكسر منه شيء، فهو
ضامن (٥).

(١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الرواية ١٤ وفي التهذيب والوسائل الصباغ والقصار.

(٢) يعنى بعد نقل الرواية في التهذيب.

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب الاجارة الرواية ٢ و٣ نقلاً عن الكافي مع اختلاف في بعض

العبارات ولكن أثبتناه مطابق لما في التهذيب.

(٤) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الرواية ٥.

(٥) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة الرواية ١١.

فحمل المطلق على المقيد لوجود القيد في روايات كثيرة مثل رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الخائف إلا أن يكونوا متهمين بالحديث (١).

وصحبة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان علي عليه السلام يضمن القصار والصائغ بختاط به على أموال الناس وكان أبو جعفر عليه السلام يتفضل عليه إذا كان مأموناً (٢).

وحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: كان علي عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً (للتاس كـ ثل) وكان أبي يتناول عليه إذا كان مأموناً (٣).

وصحبة محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى قصار ليقتصره فيدفعه (ودعه) ثل القصار إلى قصار غيره ليقتصره فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره وإن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً نساء الله (٤) (٥).

وهذا الجمع غير بعيد، وحاصله أنه يرجع إلى أنه إن ظهر التلف فلا يكونون ضماناً والآن فيكونون ضماناً، ويشعر به رواية أبي بصير المتقدمة، ولا يبعد أيضاً الجمع على الاستحباب، والاحتياط كما يشعر به بعض الروايات (٦).

(١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الرواية ١١.

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الرواية ١٢.

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الرواية ٤.

(٤) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الرواية ١٨.

(٥) في هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: فيها دلالة على حوار الدع وعلم الضمان (معطه رحمه الله).

(٦) قد تقدم ذكره آنفاً.

ولا يضمن الملاح والمكاري الآ بالتفريط.
 وضمان ما يفسده المملوك على مولاه الموجر.

قوله: ولا يضمن الملاح والمكاري الآ بالتفريط. يعنى اذا تلف شيء في يد الملاح وسفينته او المكاري - لا بسبب منها، ولو بتقصير في اسبابها، مثل قطع حبل حمل الجمال، وكون وعائه مخروفاً عتيقاً، وكذا مثل كسر خشب السفينة لكونه عتيقاً او مكسوراً، وعدم معرفة صاحبها او قلة عقالها عادة، بحيث يعجز عن علاجها، ونحو ذلك مما يستند اليها عادة، فيكون ذلك داخلاً في التفريط، فيضمنان - لم يضمننا الآ مع التفريط.

وقد مر ما يمكن استفادة دليله منه، فافهم.

قوله: وضمان ما يفسده الخ. أي يضمن المولى الموجر عبده لسطية واخلابة والختانة ونحوها، مما يتعلق برقبته، بمعنى أنه ان شاء فكه فداء باقل من ارش جنائته وقيمته، وان شاء سلمه الى المجسى عليه او ورثته.
 لعل وجهه واضح، حيث انه فعل فعلاً مضموناً باذن مولاه، فيتعلق به الجناية، فان اراد المولى دفعه لا يكلف باكثر من ذلك، للاصل، وعدم ضمانه بنفسه، وان دفع قيمته وان كان اقل من ارش جنائته لا يكلف باكثر من ذلك، اذ العبد لا يجبى اكثر من قيمته، وهو مقرر عندهم.

وأما اذا كان قصاراً، خرق الثوب ونحوه، مما لم يتعلق برقبته، فيمكن كونه مثل ما تقدم، لما تقدم.

ويحتمل كونه متعلقاً بذمته يتبع به متى يعتق، فيؤخذ منه، كما اختاره في شرح القواعد.

والفرق غير واضح، على أنه يلزم الضرر على مالك الثوب، فإنه قد يعتمد العبد ذلك، وقد يفرط، فيسرق، فيفوت ماله، ولا يعتق او يعتق بعد موته، او يعتق ويكون فقيراً والمولى قد دلس حيث اقام عبده باذنه، يفعل امثال هذه

ولا يضمن صاحب الحمام الا ما يودع ويفرط فيه.

الامور، بحيث يشعر بانه يترتب الضمان عليه بالفعل، خصوصاً مع الجهل بانه عبد، او بالمسألة، الا ان يقال انه قصر في التفتيش، وحينئذ الفرق مشكل، وطاهر المتن عدم الفرق، فتأمل.

قوله: ولا يضمن صاحب الحمام الخ. عدم ضمان الحمامي اذا لم يودع ظاهراً، فان اُحدًا لا يضمن مال الغير بمجرد تلقه عنده، وان ظن صاحبه أنه يحفظه، مالم يودعه عنده، ويقبل ثم يعرط، بل ولا يضمن بمجرد قول صاحب الثياب إن هذه الثياب احفظها، ولم يردّ الجواب، مالم يقبل، للاصل، وكون السكوت اعم. وأما عدمه اذا قبل ولم يفرط، فلاّته امين، وللأصل، ولما مرّ.

ولما في رواية غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان علياً عليه السلام اتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت ولم يضمنه وقال: انما هو امين (١).

ظاهرها أن مطلق الحمامي امين لا يضمن الا بالتفريط، او التعمدي، وأما الضمان مع القبول والتفريط فالتفريط فهو خائن فيضمن، كغيره، وفيما تقدم دلالة عليه ايضاً.

ثم اعلم أنه قد استثنى في القواعد التلف بفعل الطبيب والكحال، اذا اخذ البرائة من البالغ العاقل، ووليّ الطفل والمجنون.

لما روى عن علي عليه الصلاة والسلام من تطيب او تسيطر فليأخذ البرائة من صاحبه (وليه - ثل) والآ فهو له ضامن (٢).

وقال في شرحه وكذا الختان والحجّام (خ)، وقال في التحرير: ولو لم يتجاوز

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب أحكام الاجارة الرواية ١ وفيه غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام الخ.

(٢) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب موجبات الضمان الرواية ١ (من كتاب الفهات) (ج ١٩ ص ١٩٤).

عمل لقطع مع حذقهم في الصنعة، فاتفق التلف فانهم لا يضمنون.

وهذا صحيح، وان لم يكن التلف مستنداً الى فعلهم.

الاستثناء (١) غير بعيد، وان لم تكن الرواية معلومة السند، بل وجودها في اصولنا، فتكون عامية لأنها مؤيدة للأصل والنص، والاجماع غير ظاهر، في صورة البراءة، ولأن في الضمان دائماً سد باب العلاج، اذ لو علم ذلك طبيب مثلاً، بعيد ان يرتكب ذلك، وان كانت البراءة عما لم يجب.

وان الحق قد يكون متعلقاً بغير الذي ابرأ الذمة.

لكن غير بعيد تجويزه هنا للضرورة، وللرواية، وعدم القطع على عدم حصول البراءة، عما لم يجب، والعقل يجوزه، وان الضرر واقع بالفعل على المبرء فله الابراء، والولي بمنزلة، فتأمل، واحتط.

ويضاً قول التحرير غير بعيد، وان علم استناد التلف الى فعلهم، اذا افرض أنهم فعلوا فعلاً يجوز لهم ولم يتعدوا ولم يخطأوا اصلاً بل فعلوا مجرد الفعل المجوز مع فرض عدم الخطاء والعمد بوجه، ولكن علم أن التلف يترتب على الفعل المجوز الغير المخطأ فيه، فكان فعلهم ذلك في الواقع سبباً لذلك، وقد اذن فتضمنهم بعيد.

والاجماع والنص المدعى غير معلوم دلالتها عليها، فانها محملان على تقديرهما، والاصل دليل قوي، فلا يبعد مثله في الطبيب ونحوه، بل الصائق بان فرض أنه ما فرط ولا تعدى في القصر والصيغ بوجه اصلاً، الا أنه كان الثوب بحيث لو لم يصنع ولا يقصر لم يزق فكان الثوب متبياً لقبول ذلك، فصيفه وقصره بالاذن منزلة كونها من المالك والوكيل، فالضمان هنا ايضاً بعيد، كما مر.

(١) يعنى استثناء التلف مع اخذ البراءة.

ونفقة الأجير المنفذ في الحوائج على المستأجر، الآ مع الشرط.

هذا مع ثبوت كونه كذلك إما بالشهود او اقرار المالك، وحيث يعد الضمان، اذا علم أن الثوب ليس بقابل لها بل هنا فقط من غير فعل يفسدانه. نعم اذا لم يعلم او علم استناده اليها يحتمل الضمان لما تقدم، ويمكن من ادلة الضمان عليه وغيرها على عدمه، وهذا مع لا بأس به، وغير بعيد عن الادلة، وكلامهم.

قوله: ونفقة الاجير المنفذ الخ. الظاهر أنه لا خلاف بين المسلمين في جواز اجارة الأدمي حرّاً او مملوكاً مذكراً او مؤنثاً، إلا أن في المؤنث يحرم على المستأجر جميع ما يحرم عليه قبلها حتى النظر.

قال في شرح القواعد ولا فرق في جواز الاجارة بين الامة والحرّة والعجوز والشابة وقبيح المنظر والحسناء.

ونقل تحريم الخلوة بها عن التذكرة، واستثنى هو من يريد العقد عليها، فيه تأمل.

وقد استثنى في متن القواعد والشرح النظر الى الأمة باذن المولى، وما فهمت دليل ذلك، فانه ليس بعقد ولا ملك ولا تحليل، إلا ان يجعل الاذن تحميلاً، او من قبيل النظر لمريد النكاح والشراء فتأمل.

ولا شك في بقاء تحريم ما كان لان عقد الاجارة ليست بمحللة، إلا الخدمة والعمل، لا تحليل ما حرّم، فكلمها كان محرماً قبل العقد يبقى على حاله، وهو ظاهر.

والظاهر أنه لا نزاع ايضاً للانفاذ في حوائجه على الاجمال، فانه ينصرف عرفاً الى ما هو المتعارف المقدور له والثلاثي بمثله من حوائج المستأجر، وعموم ادلة الاجارة يدل عليه، مع عدم ظهور مانع صالح، وان كان ما يشترطون من العلم، ويدققون فيه، يقتضى عدم مثلها حتى يعين، فانه قال في القواعد والتذكرة: لا يجوز الاستيجار بنفخته وطعامه ما لم يعين، اذ لم يكن على المستأجر وكذا غيرها للجهاالة.

ولم يكتفوا بالعرف في ذلك، بل قال فيها: ولا يجوز مارطال من الحيز لعدم جواز السلم عند نافيهِ، فلا يجوز الاجارة.

وقال: ولو استاجر اجيراً بطعامه وكسوته فان قدرنا ذلك وعلمناه صبح العقد، وان لم يقدره مطلق العقد (الى قوله): ولا فرق بين ان يستأجره بالنفقة والكسوة ويطلقها، وبين ان يجعلها جزءاً من الاجرة واذا استأجره بها صبح اجماعاً، ووصفها كما يوصف في السلم، وان لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه (١).

فقد علم انه لابد من تعيينها بالكيل والوزن ونحوهما مع الوصف، اذا لم تكن حاضرة فيه، فتأمل.

وايضاً الظاهر انه يجوز استيجاره بان يكون جميع منافعه للمستأجر، لما تقدم، وللروايات المشعة بالجواز والاعتقاد مع الكراهة.

مثل رواية المفضل بن عمر (في الكافي) قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول من آجر نفسه فقد حذر على نفسه الرزق (٢).

ورواية عمار الساباطي (في الفقيه والكافي) قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يتجر وان (فان- ثل) هو آجر نفسه أعطى اكثر مما يصيب في تجارته (٣) قال: لا يؤاجر نفسه، ولكن يترزق الله جل وعز ويتجر، فانه ان (اذ- ثل) آجر نفسه حذر على نفسه الرزق (٤).

(١) انتهى ما في التذكرة ملخصاً.

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام الاحارة للرواية ١ والباب ٦٦ من ابواب ما يكتسب به الرواية ١ (من كتاب التجارة) ج ١٢ ص ١٧٥.

(٣) وفي الكافي والتهذيب اعطى ما يصيب في تجارته.

(٤) الوسائل لكتاب ٦٦ من ابواب ما يكتسب به الرواية ١.

ورواية محمد بن سنان (فيها) عن أبي الحسن عليه الصلوة والسلام قال: سألت عن الاجارة؟ فقال صالح لا بأس به (بها - خ) اذا نصح قدر طاقته وقد آجر نفسه موسى بن عمران عليه السلام واشترط فقال: ان شئت ثمانية (ثمانياً - يب) وان شئت عشرة، فانزل الله تعالى فيه: عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ (١).

ولا يضر عدم صحة السند لأنها مؤيدة، ولوجودها في الفقيه المضمون. والاخيرة تدل على أن الجهالة في المدة ايضاً في الجملة لا تقصر، وأن معنى الآية ذلك، وأن حكمها باق في شريعتنا، بل حجته شرع من قبلنا في الجملة. والكن يدل على جواز الاجارة مطلقاً، وحياسة المباحات، مثل الماء والكلاء والتمك، فتدل على عدم ملكيتها بمحض الحيابة كما تقدم، فتذكر، فتأمل.

ثم (ان - خ) الظاهر أن نفقة الأجير على نفسه كما اختاره المصنف في التذكرة بل في القواعد أيضاً. وجهه ظاهر فإن العقد آتيا وقع على العمل، واجرة معينة، فاقتضاء غيرها يحتاج الى دليل، ولا دليل. نعم لو كان هناك عادة مستمرة او قرينة صريحة في ذلك، او شرطت، تلزم المستأجر، لذلك.

ويمكن حل رواية سليمان بن سالم على ذلك (ان سلمت صحيحها ودلائها) رواها في الكافي عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد، عن العباس بن موسى، عن يونس، عن سليمان بن سالم، قال: سألت أبا الحسن عليه الصلوة والسلام عن رجل

(١) الوسائل الباب ٦٦ من ابواب ما يكتب به الرواية ٢ والآية الشريفة في التمهيد ٢٨٥.

استأجر رجلاً بنفقة ودراهم مسماة، على ان يبعثه الى ارض، فلما أن قدم أقبل رجل من اصحابه يدعوه الى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر فنظر الاجير الى ما كان يتفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافاه به الذي يدعوه فن مال من تلك المكافاة؟ أمن مال الاجير او من مال المستأجر؟ قال: ان كان في مصلحة المستأجر (١) فهو من ماله، وآلا فهو على الاجير، وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماة ولم يفسر (يعين - ح ييب) شيئاً على ان يبعثه الى ارض أخرى، فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب والحمام فعلى من؟ قال: على المستأجر (٢).
وانت تعلم ما في السند من اشتراك يونس، والظاهر أنه ابن عبد الرحمن، فإنه قيل في العباس بن موسى أنه من اصحاب يونس، كآته الذي هو صاحب الاصحاب، ولآته المشهور.

ولجهاة سليمان قاتني كما رأيت.

وكذا ما في الدلالة فإنها صريحة فيما اذا استأجر بالنفقة، فهي فيما اذا اشترط على المستأجر.

على أن هذه الرواية مشتملة على امور لا يقول الاصحاب بها، مثل كون النفقة بمجمل، وكون عوض ما أكل من مال من دعاه على المستأجر، اذا كان الذي دعاه واطعمه في مصلحته، وآلا فن مال الاجير.

وأن غسل الثياب واجرة الحمام داخل في النفقة وهم يشترطون تعيين النفقة، كما مرّ ويقولون أنها تلزم المستأجر على تقدير كونها شرطت، او احرة، سواء أكل الاجير من ماله او غيره.

(١) في النسخ المخطوطة ان كان يتفق عليه في مصلحة الخ.

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الاجارة الرواية ١.

ولا يضمن الأجير لو تسلمه صغيراً أو كبيراً حرّاً أو عبداً.
ولو امره بعمل له اجرة بالعادة فعليه الاجرة، وإلا فلا.

وأنه لا مكافاة، لأنه متبرع، فان كان المكافي يتبرع، فن ماله.
وأن دخول اجرة الغسل والحمام غير معلوم دخولها في النفقة المشترطة،
ولهذا يحصل التردد في وجوبها على الزوج ونحوه لمن وجب عليه نفقته.
ولا يبعد ذلك، فان الظاهر أنهم يريدون بها ما يحتاج إليه الانسان غالباً،
ولهذا يجب الكسوة والمسكن، فتأمل.

فجعل هذه فقط - او منضمّاً بقولهم ان الاجير اذا استوعب عمله المستأجر فابق له
زمان كسب النفقة، فيكون عليه دليلاً على ايجابها على المستأجر، مع عدم الشرط، وعدم
كونها اجرة، والفتوى به كما نقل عن جماعة من اصحابنا محل التأمل، لما مرّ وجواز
كون نفقته من اجرته، وهو ظاهر، ولعلّ لهم دليلاً غير هذا.

قوله: ولا يضمن الخ. أي لا يضمن المستأجر ومن يقوم مقامه لأجير
(الاخير-خ) اذا تسلمه وقبضه واستعمله في العمل الذي عليه، مطلقاً حرّاً كان او
مملوكاً صغيراً كان او كبيراً، وسواء كان كان برضاه و(او-خ) رضا وليّه وعدمه.

ويمكن اشتراط ادن المولى والولي، والظاهر العدم بعد العقد ولزوم التسليم
والعمل، ودليله الاصل، وعدم الموجب.

قوله: ولو امره بعمل له اجرة الخ. هذا الحكم مشهور (و-خ) يحتمل ان
يكون مجمعا عليه.

ولس سنده اقتضاء العرف فانه يقتضى ان يكون مثل هذا العمل
بالاجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا ولك علي الاجرة، فيكون جمالة
او اجارة بطريق المعاطات مع المعلم بالاجرة، ولو كان من العادة مثل اجرة
الحمالين، ويبعد كونها اجارة باطلة.

وينبغي تقييده بأن المأمور ايضاً متّمن يأخذ الاجرة، ويمكن ادخاله في

والقول قول منكر الاجارة، وزيادة المدة، والمستأجر والرد (١)
ومنكر زيادة الاجرة والتفريط.

وقول المالك لو ادعى قطعه قباء، وادعى الخياط قيصاً.

العمل، فتأمل.

ولولم يكن عرف يقتضي الاجرة لا اجرة له، وهو ظاهر.
ولا ينظر إلى أن الاصل عدم الاجرة والأمر اعتم من كونه بالاجرة ام لا،
لما تقدم، والاحتياط ايضاً يقتضيها.

قوله: والقول قول منكر الاحارة الخ. كأنه قد ثبت بالنص والاجماع بل
العقل ايضاً أن القول قول المنكر.

ولكن لا بد من التمييز للاولين، وهذا واضح، في انكار اصل الاجارة،
وانكار الرد والتفريط، وكذا في زيادة المدة والاجرة، لأن الأصل داخل في الأكثر
فبعد بطلان الأكثر لا نزاع في ثبوت الأقل، ولأنه متفق عليه، ولأن دعوى الزيادة
بمنزلة دعوى الاجارة، فالقول بالتحالف - كما قال به المحقق الثاني - بعيد.

والظاهر ما ذكره المصنف رحمه الله لما مر، وللأصل.

وأما في المستأجر فالظاهر فيه التحالف لأنه بانكار احدهما وحذفه لم ينقطع
الدعوى والنزاع، اذ قد ينقلب المنكر الحالف، ويدعى الاستيجار في العين.
الآخر (٢)، فلا بد من سماع دعواه، وردة على وجه شرعي، وليس إلا بان يكون
القول قول منكره مع التمييز.

وكذا هو الظاهر في دعوى قطعه قباء وقيصاً.

ولعل المصنف لم يذكر التحالف، بناءً على عدم دعوى الآخر.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: في الرد.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، الأخرى.

وكلما يتوقف استيفاء المنفعة عليه فعلى المؤجر، كالخياط على الخياط، والمداد على الكاتب.
وعلى المؤجر تسليم المفتاح، فان ضاع فلا ضمان، وليس على المؤجر ابداله.

وأما مع دعواه فالظاهر التحالف، فتأمل.
وبعد التحالف لا تثبت الاجرة للخياطة (للخياط - خ) بل يذمه رش نقص الثوب عما كان، وله فك ماخاظه مع ضمان النقص واخذ خيوطه ان كان له، والا فيضمنه ايضاً.
قوله: وكلما يتوقف استيفاء المنفعة عليه فعلى المؤجر الخ. الظاهر أن المرجع في هذه الامور الى العرف والعادة المستمرة ان كانت، والا فينبغي الشرط فإن العادة الآن أن الخياط على صاحب الثوب، كالكاغذ لصاحب الكتاب، بخلاف المداد والقلم، والابرة فأنها على العامل.
ولعل كلام المصنف في كون الخياط على الخياط، بناء على عرف زمانه وبلده، ومعلوم أن المراد به (كلما يتوقف استيفاء المنفعة عليه على المؤجر) غير العين الذي يعمل فيه، وان توقف العمل عليه ايضاً، مثل الكاغذ الذي يكتب عليه، والثوب الذي يخيطه.

قوله: وعلى المؤجر تسليم المفتاح الخ. وجه وجوب تسليم المفتاح - للفلق الذي منصوب على الباب و داخل في المستأجر، على المؤجر - ظاهر، لأنه من تنمة الانتفاع وكمال التسليم التام.

ولكن لوضاع فلا ضمان على المستأجر بان يعطي عوضه، بل عليه إن فرط أن يضمنه للمالك كاجزاء العين.

فعلل قوله: (فان ضاع فلا ضمان) مقيد، بعدم تضييع المستأجر في الحفظ،

ولو عدل من الزرع الى الغرس تعين اجرة المثل، ولو عدل من
(حمل - خ) خمسين رطلاً الى مائة تعين المسمى، وطلب اجرة المثل
للزيادة.

حتى ضاع.

ويحتمل ان يكون المراد نفي الضمان عن المؤجر، ولكن يصير قوله: (وليس
على المؤجر ابداله) مستدركاً، ويكون عطفاً تفسيرياً.

قوله: ولو عدل من الزرع الى الغرس الخ. يعني لا يجوز للمستأجر ان
يعدل عما شرط عليه، فان آجر ارضاً للزرع فغرس فيها، فعل حراماً، وعليه اجرة
المثل للغرس، لا المسمى للزرع، بل ارش نقص الارض، وقلع الاشجار وطم الحفر
واستواء الأرض، كما كان.

ولو عدل من حمل خمسين الى حمل مائة فيلزم، ولكن لا يلزمه اجرة مثل المائة،
بل له المسمى للخمسين، واجرة مثل الزيادة وهي خمسون.

والفرق أنه هنا ما خرج عما شرط بالكلية بل عمل به، وتعدى، وزاد
عنه، فالذي فعل من المشروط ليس عليه الا ما شرط له، ولا بد للزيادة الغير
المشروطة من اجرة مثله، كما اذا استأجره الى مكان فذهب، اليه، وتعدى منه، وكذا
في جميع الصور التي يكون الاصل جزءاً مما فعل.

ويحتمل هنا ايضاً اجرة المثل لعدم اتيانه بما شرط لآته الخمسين (١) فقط، وقد
يتفاوت، فانه قد يكون لكل خمسين خمسين، اجرة قليلة، ويكون للمائة اجرة
اضعاف مضاعف اجرتها، وهو ظاهر في الجزء القليل جداً، فانه لا اجرة لكل حب حب
في الثغار ولجميع الحبوب فيه، اجرة كثيرة.

ويحتمل الرجوع الى الأكثر اجرة، ويجعل التخير في ذلك الى المؤجر.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، الخمسون.

فع تعيين كون المستأجر راكباً كيف له ان يركب غيره، مع أنهم قيدوا الجواز بعلم التخصيص، وهو تخصيص.

لعلها مبنية على الجواز مع الوصف، ولكن مع عدم القيد بالوصف الذي يقوم مقام المشاهدة، فإن ذلك غير ممكن فيحمل كلامهم على المبالغة. ويحتمل ان يكون على تقدير الاكتفاء بوزن الراكب.

ولكن ذكروا في دليل اشتراط المشاهدة اختلاف الناس بكثرة الحركات وشلتها وقتلها وكثرة السكنات، وضبطها بالوصف والوزن بعيد بل لا يمكن، بل بالمشاهدة ايضاً قد لا يعلم، فكأنهم يريدون المبالغة، او ارادوا بالتخصيص ذكر ان لا يركب غيره، وهو ايضاً بعيد، اذ (ويح) الظاهر ان بعد تعيين الراكب لا يتعدى الى غيره، وان لم نقل ذلك، اذ قوله: تركب انت مثلاً، لا يقتضي الا اياه.

وان كان هو ظاهر صحيحة علي بن جعفر عن اخيه أبي الحسن موسى عليهم السلام قاله سألته عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره، فنفتت لها عليه؟ قال: ان كان اشترط (شرط - ثل) ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وان لم يسم فليس عليه شيء (١).

لكن الظاهر أن المراد ذلك، ويشعر به قوله عليه السلام: (وان لم يسم) وهو ظاهر.

ثم ان ظاهر هذه الرواية عدم التفصيل بين الأثقل والمساوي والأخف، فمقتضاها جواز الراكب وعدم الضمان مطلقاً، الا مع التعيين والشرط، فإن ترك الاستفصال دليل العموم، فهي بظاهرها تدل على عدم اشتراط المشاهدة، بل الوصف المذكور ايضاً، بل العمل بظاهر الحال فانه يستأجر لنفسه او مثله تخميناً

ولو عدل من الأثقل ضرراً الى الأخف، لم يكن له الرجوع بالتفاوت.

ولو استأجر دابة معينة للركوب فتلفت، انفسخت، ولو استأجر

ويمكن حمل كلامهم - وبعض الروايات مثل صحيحة أبي ولاد (الخط - خ) الطويلة (١) المشتملة على الاحكام الكثيرة، فيمن تعدى من المكان المشترط الى مكان آخر، بلزوم المستى واجرة الزيادة - على الغالب والاكثر فتأمل.

قوله: ولو عدل من الأثقل الخ. وجه أنه لم يكن للمستأجر حينئذ الرجوع - بالتفاوت بين ما استأجر عليه من الثقل وبين ما حله من الخفيف - ظاهر، فإنه لو لم يحصل اصلاً مع مصى المدة، لم يكن يرجع على شيء، بل كان عليه الاجرة تامة، فهذا بالطريق الاولى.

قوله: ولو استأجر دابة معينة للركوب الخ. دليل انفساخ العقد - بموت الدابة المعينة - واضح، وهو استحالة استيفاء تلك المنفعة من غيرها، بخلاف ما لو استأجر للركوب على دابة الى محل من غير تعيينها في العقد، فإنه لا يضر فوت التي (٢) ركبها.

ولا يتمين المطلقة بالتسليم، او التعيين، بحيث يكون منحصرة فيها، ولهذا يجوز للمالك تبديلها وهو ايضاً ظاهر.

والظاهر أن تعذر استيفاء المنفعة المشترطة (المشروطة - خ) عن الوجه المتعارف لنقص ومرض وضعف، بمنزلة الموت، ويحتمل الابدال (خصوصاً مع التراضي فتأمل - خ).

والظاهر أنه لا خصوصية للدابة، ولا بالعين المستأجرة، فان تلف الراكب

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

(٢) أي الدابة نقي ركبها.

للمركوب مطلقاً، لم تبطل، وله ان يركب ويركب مثله، إلا مع التخصيص.

او الحمل المعين فكتلفها، مثل فوت الصبي المرتضع.
قوله: وله ان يركب ويركب مثله الخ. يعني اذا استأجر دابة مثلاً للمركوب من غير تخصيص احد بكونه هو الراكب الى موضع، له ان يركب بنفسه، وان يركب غيره بدله، بشرط ان يكون الغير مثله في الثقل أو الخفة، بغير اذن المالك.

والظاهر أنه يجوز التسليم (١) بغير إذنه، ولم يضمن، لما تقدم.
ولا يجوز الأثقل إلا بالإذن، فلا يضمن (حينئذ - خ) وبدونه يأثم، ويضمن، وكذا اذا فعل مع التخصيص.
والظاهر أن التناوب ايضاً لا يجوز إلا بالإذن لأننا نرى ان المكارين (٢) ايضاً يقولون في ذلك، ويقولون ان التناوب يضر بالدابة وان كان بالمثل أو أخف، لكثرة النزول والركوب، وكونها تارة، أثقل وتارة أخف.
واعلم أن أكثر العبارات - في بيان هذه المسألة - مثل الكتاب، ودليل الكل واضح، إلا أن لي في ذلك تأملاً لأنه اذا كانت الاجارة للمركوب قالوا: لابد من تعيين الراكب.

قال في التذكرة: فيجب ان يعرف مؤجر الدابة راكبها بالمشاهدة، لاختلاف الاغراض في الراكب (الى قوله:) وهو قول أكثر الشافعية، ومهم من اكتفى بالاوصاف الرفاعة للجهالة (الى قوله:) والاصل في ذلك أن يقول: ان أمكن لوصف التام القائم مقام المشاهدة كفي ذكره عنها، وآلاً فلا (٣).

(١) يعنى تسليم الدابة الى الغير بغير اذن المالك .

(٢) في بعض النسخ لأننا لا نرى الخ والصواب ما أثبتناه.

(٣) انتهى كلام العلامة في التذكرة.

والآدمي المتعارف الذي أكثر الافراد على تلك الضخامة والبطول والقصير من مستوى الحلقة.

ويحتمل حملها على مذكروه ايضاً فتأمل.

ثم (١) تأمل في قول القواعد ايضاً: ويجوز مع عدم الشرط ان يؤجر لئله او أقل ضرراً، قال في شرحه: أي ان يؤجر لركوب مثله مثلاً، (أو-خ) وسكنى مثله، أو ان يؤجر لئله عمل الذي استأجر لاجله، وكذا لاقل (الأقل-خ) ضرراً، لأن المنفعة تصير ملكاً له بالاجارة، والناس مسلطون على اموالهم (٢) (٣).

شرط في المسكن الاجارة مثله، او اقل ضرراً مع الاطلاق، وعدم كون السكنى له خاصة.

والظاهر عدمه، اذ لو استأجر لينتفع بسكنها مثلاً، لم لا يجوز ان يسكنها لمن هو اكثر منه ضرراً بكثرة الناس والضيغ والدواب وغير ذلك، فانه مالك للمنفعة، فله ما يعمل، كما قاله في الشرح.

نعم لا يجوز ان يتجاوز في سكناها عن المتعارف فلا يسكن في بيت الآدميين الدواب ونحو ذلك.

وبالجملة لا يستعدي عن المنفعة المتعارفة المطبوعة منها، فكأن ذلك المراد (٤)، والعبارة لا تخلو عن شيء.

وكذا كلام الشارح، الناس مسلطون الخ، فانه لا يجوز لهم كلماً يريدون وخصوصاً عنده، فانه يضمن بتسليمه بغير اذن المالك الاول، والمراد واضح، والامر

(١) في بعض النسخ: ثم ان لي تأثلاً.

(٢) مولد الثاني ج ٣ ص ٢٠٨ الحديث ٤٩.

(٣) ان لها عبارة المحقق الثاني في جامع المقاصد (شرح القواعد).

(٤) يعني مراد العلامة نفس سره في القواعد.

ويجوز للمستأجر ان يؤجر المالك ، ولو باع على المستأجر صخ ،
والاقرب بطلان الاجارة، على اشكال.

في ذلك هين.

قوله: ويجوز للمستأجر أن يؤجر المالك الخ. لامانع من اجارة المستأجر
العين المستأجرة من مالك العين، والذي استأجرها منه، اد ليس الا كونه مالك
للعين، وذلك لم يصلح للمانع، للاصل، مع وجود المقتضى وهو تسطهم على
اموالهم، وهموم ادلة صحة الاجارة.
وكذا لامانع من بيع العين المستأجرة على مستأجرها، والتقريب مثل
ما تقدم.

وأب بطلان الاجارة حينئذ فقره المصنف مع اشكال، لعل مقصوده من
اظهار الاشكال مع قوله: (الاقرب) عدم الاقربة بالكلية، وضعف الرجحان في
الجملة.

وجهه ثا ملث المنفعة تابع للملك العين فاذا ملك العين يلزم ملكيتها تبعاً
يضاً، فلو بقيت الاجارة يلزم ان تكون المنفعة ملكاً بالاجارة والبيع ايضاً، وهو
تحصيل الحاصل، وجمع العلتين على معلول واحد، ولانه كبطلان العقد بملكية الزوجة.
ووجه عدم البطلان الاصل، والاستصحاب، وعدم ثبوت دليل على كون
البيع مبطلاً للاجارة، فان ذلك يحتاج الى دليل، ولا دليل، اد تابعة المنفعة لملك
العين مطلقاً ممسوعة ولا دليل عليها، ولذا يصح بيع العين من الأجنبي مع بقاء
الاجارة، وقد مر دليله، ومسلم ايضاً عند المصنف.

بمع ذلك مسلم ان لم تكن المنفعة متفكة عن العين بسبب شرعي الى غير

الباع.

وعنى تقدير المنافاة والتابعة قد يقال: ينبغي عدم صحة لبيع لعدم
حصول دعه ترخيصاً لابقاء ما كان على ما كان، ومنع خروج الحادث من العلم

الى الوجود، وبقائه (١) تحت العلم على ترجيح وجود الحادث وعلمته على عدم الأثر، وزالة البقاء عن الباقي واحداث عدمه، وهو أظهر.

ولا شك أنّ هذا ليس بارجح من الأول، بل اضعف من وجوه، والقياس على النكاح باطل، لثبوت عدم بقاء الزوجية والنكاح على مملوكة الزوج، بالاجماع ونحوه، ولولم يكن ذلك لقليل في ذلك ايضاً مثل ماقلناه هنا.

ولظاهر عدم المنفعة بين بقاء الاجارة والبيع بل تكون المنفعة مملوكة بالاحارة مدتها. ثم ملكية العين، ولهذا اختار في القواعد عدم البطلان، وقربه من غير اشكال.

(١) الظاهر انه عطف على قوله لا بقاء الع.

«المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة»
وفيه مطلبان، الأول المزارعة عقد لازم من الطرفين.

«المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة»-

قوله: المقصد الثاني في المزارعة الخ. قال في القواعد وغيره هي معاملة على الأرض بحصة من ثمارها (١).
ومعلوم خروج الاجارة منها والظاهر أن الأرض لا يجب ان يكون ملكاً لأحد المزارعين، بل يكفي كون منفعتها ملكاً له، كما اذا كانت الأرض مستأجرة ولا يبعد الاكتفاء بالاولوية الحاصلة في الأرض الخراجية والمباحة بالتحجير وبالاحياء، وان لم نقل بمحصل الملك، لأن الظاهر أنه يكفي كون المنفعة له.
ويذكر عليه ما يوجد في الاخبار من جواز تقبيل الأرض الخراجية للمزارعة مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث) قال: سألته عن مزارعة أهل الخراج بالربيع والثلث والنصف؟ فقال: لا بأس به (الحديث) (٢).
وصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن

(١) قال في القواعد: المزارعة معاملة من الزرع وهي معاملة على الأرض بالمزارعة بحصة من ثمارها الخ.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة القرواية ٨.

الرّحل تكون له الارض من ارض الخراج فبدلها الى الرّحل على ان يعمرها ويصنعها ويؤدى خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لا بأس (١) وغيرهما.

ويؤيده ما يوجد في كلامهم: يجوز بيع الارض الخراجية تبعاً لآثارها. وان لم يكن حيناً في نظري، اذ لا معنى لبيع مال الناس بواسطة محاورة مال نفسه، نعم يجوز بيع آثارها وماله في الارض المفروضة مع وجود شرايط البيع فيه، وهو ظاهر.

فقول شارح الشرايع: بأنه لا تد من كون الارض مسكاً لأحدهما، لأنه المستند من حقيقة المزارعة وصيغتها والتي يعقد عليها فلا يشرع في لارض خراجية الا باستعمال حيلة من الحيل الشرعية مثل جعل البذر منها ثم قال فيحفظ ذلك او غيره من الحيل الشرعية على تسوية هذه المعاملة، لأنها متداولة في كثير من البلاد التي ارضها غير مملوكة، فيحتاج الى وجه يجوز الح.

محل التأمل، سنبأ على ما هو مقتضى كلامه، فيما تقدم: أنه يجوز بيع الارض تبعاً لآثارها، فبعد عدم تجويز المزارعة على ارض مع تخوير بيعها الذي هو فرع الملك اجماعاً عملاً ونقلًا.

ومعلوم أن ليس في العقد على الارض وصيغة المزارعة وتعريفها ما يدل على عدم حور المزارعة الا مع الملك الطلق للمعين.

نعم يفهم أنه لا بد من كون المتفعة لاحدهما، فافهم.

ثم ان الدليل على جواز هذا العقد، ومشروعيته هو الاجماع المقبول، فان في الدكرة هي جازية عند علمائنا اجمع، والاخبار الكثرة من العمدة ولخاصة، مثل

صحيحة محمد الحلبي، وعبدالله الحلبي، عن الصادق عليه السلام، قال: لا بأس بالمزرعة بالثلث والرابع والخميس (١).

ومرواه محمد وعبدالله جميعاً عنه، (في الصحيح) إن إياه عليه السلام، حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله، أعطى حبراً بالنصف أرضها وبخلفها، فلما أدركت ثمرة بعث عبدالله بن رواحة، فقوم عليه قيمة، فقال لهم: إنا إن تأخذوه وتعطوني نصف الثمرة (الثن - ح)، وإنا أن أعطيكم نصف الثمرة وأخذناه، فقالوا: بهذا أقامت السموات والأرض (٢) ومثلها صحيحة يعقوب بن شبيب (٣).

وهي تدل على حواز المساقاة أيضاً، وحوازهما في الأرض الخراجية، وحواز التقبيل، وقبول الوكالة في التقبيل، وجواره مطلقاً من دون شرط، وكون بقيم واحداً، بل غير عدل أيضاً، إذ ما ثبت عدالة عبدالله بن رواحة، بل غير معدود في كتب الرجال، فتأمل.

وأما كونها لازمة من الطرفين فهو للاجماع أيضاً، ولثلث أوفوا (٤)، والمسلمون عند شروطهم (٥)، وهو ظاهر، ويمكن جواز فسخه بالتقاييل، لما مر في غيرها من العقود اللازمة.

قل في التذكرة: ولا تبطل إلا بالتقاييل.

وأم استلزام كونه لازماً، للايجاب النفطي - والقبول كذلك ولماضوية وتقديم الايجاب والعربة والمقارنة وسائر ما قيل في العقود اللازمة، كما ادعاه شارح

(١) وسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٧.

(٢) روى صدره في الباب ٨ من أبواب المربعة والمساقاة الرواية ٢ وروى تمام الحديث في باب ١٠

من أبواب بيع نثار (من كتاب التجارة) الرواية ٢ (ح ١٣ ص ١٩).

(٣) راجع الوسائل للباب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ١.

(٤) تقدم مأخذ.

(٥) المائة: ١.

والايجاب زارعتك ، او ازرع هذه ، أو سلمتها اليك ، او ماشابهه ،
مئة معنية بخصّة . معلومة من حاصلها ، والقبول قبلت .

الشرايع (١) وغيره . فغير ظاهر .

و الاصل ينفيه ، مع عدم الدليل ، كما تقدم في السبيع ونحوه ، ولهذا جوز
هنا بالأمر ، وصرح في القواعد بالاكْتفاء بالقبول الفعلي ، وهو ظاهر عبارة الشريع .
وبالجملة الغرض حصول العلم بالرضا بالمعاملة بالعقد بأي شيء يحصل
المطلوب ، ويلزم ، لصدق العقد ، فلا يبعد الصحة بغير العربية وغيرها ، وجريان
المعاطات فيها ، وفي سائر العقود والامور ما لم يكن دليل على اشتراط الامور المشترطة
من اجماع ونحوه ، فتأمل واحتفظ .

قوله : والايجاب زارعتك الخ . قال في التذكرة : مش زارعتك الى قوله :
اوخذ هذه الارض على هذه المعاملة ، وما اشبه ذلك ، ولا ينحصر في لفظ معين ، بل
كلما يؤدي الى هذا المعنى .

ويعلم من جوازها بالأمر وغيره وعدم اشتراط القبول اللفظي كما في
القواعد عدم صحة الاستدلال بكونه عقداً لازماً على اعتبار القبول اللفظي
والدسوة والعربية وغيرها ، ولا بانه متلقاة من الشرع كما قيل في مثله فتأمل .
والظاهر أن لاختلاف في الجواز لكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه
ماضياً ، والظاهر جوازها بالأمر ايضاً .

قال المحقق الثاني : استشكل الايجاب في القواعد بلفظ الأمر ، وباجواز
روية ، والمعتمد عدم الجواز .

وفيه تأمل ، ادل دليل على تعيين الماضي ، غير كونه عقداً لازماً ، ولا دليل
على الكسري غير ما قد اشاروا اليه ، من ان غيره بعيد عن كونه لانشاء العقد ، وهو

كما ترى، فعموم الأدلة - وعدم دليل مانع - دليل الجواز.

ويدل عليه ما في صحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة، فيقول: اسق من هذا الماء وأعمره، ولك نصف ماخرج؟ قال: لا بأس وسألت عن الرجل يعطي الرجل الأرض فيقول: أعمرها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله؟ قال: لا بأس (١) ويدل عليه الرواية التي أشار إليها المحقق الثاني.

وصحيحة عبد الله بن سنان، أنه قال في الرجل يزرع أرض غيره، فيقول ثلث لبقر وثلث للبذر وثلث للارض، قال: لا يسمي شيئاً من الحب والبقر، ولكن يقول: ازرع فيها ولي فيها كذا وكذا، ان شئت نصفاً، وان شئت ثلثاً (٢).

وهي صريحة في جواز القبول بلفظ المضارع، فلا يبعد انعقاد لا يحاب بالأمر، بل ادعى الأولوية في الايضاح، وفيه تأمل.

ورواية الحسن بن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه سئل عن رجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر؟ فقال: لا ينبغي ان يسمي بذراً ولا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض ازرع في أرضك، ولك منها كذا وكذا نصف او ثلث او ما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقرأ فاما يحرم الكلام (٣).

وسندها لا بأس به، وفيه خالد بن جرير، وهو ممدوح، وأبو الربيع

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب المزاوعة والمساقاة الرواية ٢ بسند الشيخ راجع الهذيب وروى ديلها في

الوسائل الباب ١١ من تلك الأبواب الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزاوعة والمساقاة الرواية ٥.

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزاوعة والمساقاة الرواية ١٠.

واستدل في شرح المتن على توثيقه بان الحسن بن محبوب مقن احتمعت
العصابة على تصحيح ما صبح عنه.

ولكن فيه تأمل وكذا في متنها ودلائلها، فطرح المحقق الثاني - الرواية
الصحيحة ظاهراً الدالة باعتقاده على جواز انعقاد المراجعة بالأمر، مع عدم دليل
يقتضى ذلك سوى ما قلناه وقول الاصحاب في غير المراجعة - غير جيد.

وكذا قول الشهيد الثاني في شرح الشرايع: وأما قوله (١): ازرع هذه
الارض بصيغة الامر، فان مثل ذلك لا يجوزونه (يحبرونه - خ) في بظاثره من العقود،
لكن المصنف رحمه الله وجماعة اجازوه هنا، استناداً الى رواية (روايتي - خ)
أبي الربيع اشامي، والنضر بن سويد، عن أبي عبد الله عليه السلام (٢)، وهما قاصرتان عن
الدلالة على ذلك (٣).

وقد عرفت القصر عن الدلالة، لأنها تدلّان على المضارع لا الامر.
ورواية النضر هي رواية عبد الله بن سنان المتقدمة (٤)، وب رواها لنضر،
عن أبي عبد الله عليه السلام، بل رواها عن عبد الله بن سنان مضمرأ، على ما رأيت
في التهذيب (٥) والكافي، فيمكن ان يكون غلطاً، ولكن الطاهر عدمه، وحسنه
يكون مرسلاً، حيث ماستى الامام عليه السلام، وان كان الظاهر ذلك.
فالظاهر الجواز بالأمر ايضاً لعدم القائل بالفرق على الطاهر، ولأن لعمدة
هي عموم الاذلة، مع عدم المانع، والروايتان مؤيدتان، ولصحيحة يعقوب بن

(١) أي قول المحقق في الشرايع.

(٢) تقدم ذكرهما آنفاً.

(٣) انتهى كلام الشهيد الثاني في شرح الشرايع.

(٤) راجع الوسائل الباب ٨ من ابواب المراجعة والمساقاة الرواية ٨.

(٥) في النسخة التي عندنا التهذيب هكذا: عن أبي عبد الله عليه السلام (ح)

ولا تبطل الا بالتفاسخ، لا بالموت والبيع.
وشرطها شياع (مشاع - خ ل) النماء، وتعيين المدة، وامكان
زرع الأرض.

شعيب المتقدمة (١)

ثم ان ظاهر المتن اشتراط القبول اللفظي، وقواه في التذكرة، وفيه تأمل
علم.

قوله: ولا تبطل الا بالتفاسخ الخ. دليل البطلان بالتفاسخ، كانه
الاجماع، وما تقدم في البيع، فتأمل.

واما عدم البطلان بالبيع وبالموت وغيرهما، فلأدلة الثروم، وعدم المنافات
بين البيع والموت وبقاء المزارعة، وهو ظاهر، والاستصحاب، وما تقدم في الاجارة،
فتذكر، وتأمل.

قوله: وشرطها شياع النماء الخ. لعل دليله الاجماع، وأن المفهوم من
الاخبار التي تدل عليها من فعله صلى الله عليه وآله وفعلهم عليهم السلام، كان على
سبيل الاشتراك في الحصة، وأنه المفهوم من تعريفها.

ويدل عليه ايضاً حسنة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا تقبل
الارض بمنطة مائة، ولكن بالنصف والثلث والرابع والخمس (٢).

ومعلوم أن عدم تعيين المدة موجب للفرر والجهل.
وأنه لو لم يمكن زراعة الارض، لا تصح، فان كون امكان الانتفع شرطاً

طاهر.

(١) تقدم ذكرها.

(٢) الوصل الباب ٨ من ابواب المزارعة والساقاة الرواية ٣ وتماهه: لا بأس به، وقال: لا بأس بالمزارعة

بثلث والرابع والخمس.

فلو شرط احدهما النماء لنفسه - او نوعاً من الزرع، او قدراً من الحاصل، والباقي بينهما بطل.

ولو شرط احدهما شيئاً من غير الحاصل جاز، ولا يجوز اجارة الارض للزراعة بالحنطة او الشعير، مما يخرج منها.

قوله: فلو شرط احدهما الخ. تفريعه على ما تقدم ظاهر، فانه اذا كان الاشتراك في النماء شرطاً. لم يصح تخصيص احدهما به، سواء كان صاحب الارض أو العامل.

وكذا لو شرط النوع الخاص من النماء، مثل ما حصل أولاً فهو له، ويسمى ذلك المرف (١)، وما يحصل آخره فهو للآخر، ويسمى الاقل.

وكذا لو شرط قدراً معيناً لاحدهما، والباقي بينهما، والكل ظاهر.

قوله: ولو شرط احدهما شيئاً الخ. دليل حواز شرط شيء آخر معين من غير الحاصل ولزومه، هو عموم ادلة الاشتراط.

قوله: ولا يجوز اجارة الارض للزراعة الخ. كان المناسب ذكر هذه المسألة في بحث الاجارة، وانما ذكرت هنا لان اكثر ادلتها مذكورة في باب المزارعة، وهي أخبار دالة على عدم جواز اجارة الارض بجنس ما يزرع فيها.

مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا تستأجر الارض بالحنطة، ثم ترزعها حنطة (٢).

وكأن المصنف والاكثر حملوها على الحنطة التي تحصل منها، اذ لا مانع من الاجارة على القدر المعين من الحنطة - وان كانت زرعت فيها الحنطة - عقلاً ونقلًا، بل لا ينبغي الخلاف في ذلك، وعموم ادلة الاجارة مؤينة.

(١) اُعرفت النخلة مجلت تمامها أي ثمرها.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الزراعة والمساقاة الرواية ٣.

نعم لا يبعد المنع اذا شرط كونها من ذلك الزرع، لاحتمال ان لا يحصل شيء أصلاً، وان كانت الارض واسعة (١).

ولرواية الفضيل بن يسار، قال: سألت ابا جعفر عليه السلام، عن اجارة الارض بالطعام؟ قال: ان كان من طعامها فلا خير فيه (٢).

وكذا مارواه الوثاقا (كانه الحسن بن علي، في الصحيح) قال: سألت الرضا عليه السلام، عن الرجل اشترى من رجل (الرجل - خ) أرضاً جريئاً معلومة بمأة كثر على ان يعطيه من الارض؟ فقال: حرام، قال: فقلت له: فاقول جعلني الله فداك ان اشترى منه الارض بكيل معلوم وحنطة من غيرها؟ قال: لا بأس (٣). ورواية (ابن - خ) ابي بردة (في حديث)، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام (في حديث)، عن اجارة الارض بالطعام؟ فقال: ان كان من طعامها فلا خير فيه (٤).

وصحيحة الحلبي (في الفقيه) عن ابي عبدالله عليه السلام، أنه قال: لا تستأجر الارض بالحنطة، ثم تزرعها حنطة (٥) (٦).

فلا قوة في قول ابن البراج المأثور باليمن مطلقاً، لصحيحة الحلبي المتقدم (٧)،

(١) اشارة إلى دفع ما قبله في الخلاف بان الارض اذا كانت واسعة يتدرع عدم الحصول فلا يصح، وليس بجيد، ويؤيده ما شرطوا في التسليم من عدم جواز اشتراط كونه من قرية معينة (منه وه) (هكذا في بعض النسخ المخطوطة).

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية ٥.

(٣) راجع التهذيب باب المزارعة للحديث ١١.

(٤) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية ٩.

(٥) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية ٣ بالطريق الثاني.

(٦) في بعض النسخ المخطوطة عقيب قوله: حنطة هكذا ويحتمل ان يكون ساقطاً ولكن هذا رأيته في

(٧) لا إطلاقها.

العقبة الذي عندي.

كما قال في شرح الشرايع، لا مكان حلها على المزارعة.
ويؤيده (١) حسنة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا يقبل
الارض بمحطة مستأمة ولكن بالنصف الخ (٢).
وما في صحيحة أبي المزاعة عن عليه السلام (في حديث)، ان اجارة الارض
بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه، الا ان تواجرها بالربع الخ (٣) وغيرهم،
فتأمل.

والناقشة في الصحيحة (٤)، لاشتراك ابن مسكن (٥)، وان كان الظاهر
انه عند الله الثقة، لنقل صفوان عنه، ونقله عن الحلبي.
ولعموم الأدلة، وللدليل العقلي، واحتمال النهي للكرهه، مع المعارضة
(وللجمع بين الأدلة - خ)، اد ما نقلناه عن الفقيه ينافيها صريحاً (٦)، ولروايتي
الفيض (وابن - خ) أبي بردة (٧) فأنهما طاهرتان في الجواز فن مفهوميهما، لشرطية
التي هي حجة وجود الخير في الاجارة للمزارعة بالطعام ان لم يكن من طعام التي
يزرع (زرع - خ) فيها، ولا حير في الحرام.
وللجمع بين الأدلة لحمل المطلق مثل صحيحة الحلبي على المقتيد، مثل

(١) يعني يزيد الحمل المذكور.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية ١.

(٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة الرواية ٧.

(٤) عطف على قوله لا مكان حلها والمراد من الصحيحة صحيحة الحلبي.

(٥) وسندها كما في الكافي هكذا ابو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن ابن مسكن

عن الحلبي (باب ما يجوز ان تجيره الارض)

(٦) يستبعد من هذا ان النسخة التي عند الشارح من الفقه ليست فيه لفظ «لا» كما في بعض نسخ

الكتاب ايضاً.

(٧) راجع الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية ٥ و ٩

ولو مضت المدة المشروطة والزرع باق فللمالك ازالته، سواء كان بتفريط من الزارع، او بسببه تعالى كتغير الاهوية، وتأخر المياه، ويجوز التبقية مدة معلومة بالعوض.

رواية الفضيل، وغيرها.

فصّح الاستدلال على نفي مذهب ابن البراج واثبات الجواز مع عدم اشتراط كون الحنطة من زرع الارض المستأجرة وعدمه معه.

فتنظر شرح الشرايع في ذلك الاستدلال - بقوله: وفيه نظر، لأن النهي مطلق، ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بحمله عليه الى قوله: وملاحظة ذلك يتخرج فساد كبير (كثير - خ) فيما قرروه في مثل هذا الباب الى قوله: وقول ابن البراج رحمه الله بالمنع لا يخلو من قوة نظراً الى الرواية الصحيحة، الا ان المشهور خلافه - محل النظر.

فانظر، فان التنظر ليس بواضح؛

نعم لو قال: ان رواية المنع صحيحة، ورواية الفضيل (وابن - خ) أبي بردة غير صحيحة لكان واضحاً، ولكن قد عرفت غيرهما ايضاً، فتأمل. وأنه لا عموم للصحيحة، والقول: بان لا قائل بالفرق، غير واضح.

وكذا قوله: ان المباح والمكروه ايضاً ليسا بخير الخ لانهما حسن وليسا بشر، فكيف لا يكونان خيراً.

قوله: ولو مضت المدة المشروطة الخ. يعني اذا شرط للمزارعة في الأرض، او الاجارة ايضاً مدة معلومة، ومضت المدة والزرع باق ولم يدرك بعد، يجوز لذلك الارض ازالته، سواء كان عدم الادراك بسبب تأخير الزارع عن وقت الزرع، ام بسبب من الله تعالى بتغير الاهوية.

وكذا لو أخر بعد الادراك، ولا يجب عليه تبقيته.

وجهه ظاهر، وهو انقضاء المدة المشترطة، وعدم بقاء حق ابقاء في تلك

الارض له، والناس مسلطون على اموالهم (١).

الا أنه ينبغي أولاً تكليف المالك للمزارع (٢)، فان لم يفعل فاعلام الحاكم، فان لم يمكن (يكن - خ ل) فله ان يفعل بنفسه.

وظاهره ان لارض عليه حيثذ مع احتماله، خصوصاً اذا كان التأخير بسبب من الله تعالى، كتغير الاهوية فيكون للمالك الابقاء بغير عوض وبعوض، مع رضا العامل، والقلع مع الارش، وهو التفاوت ما بين كون الزرع مقلوعاً وباقياً بالاجرة، لما تقدم، فالمقلوع مشترك بالحصص بينها في المزارعة، ولا شيء على مالك الارض.

ولا يبعد ايجاب اجرة مثل مدة التأخير على مالك الارض، لو كان التأخير بسببه، وله المستى في صورة الاجارة.

فالقول بعدم جواز الازالة والقلع - لان الزرع قد استحق الكون فيها بالعقد فيثبت حقه مادام لم يدرك، لان مدة الررع غير مضبوطة محققاً، لانه قد يتخلف بالتقدم والتأخر، كما لو استأجر للزرع فانقضت، قبل ادراكه -.

ضعيف لما تقدم، ولأن دليله مثل المدعى، في عدم لشبوت، وما قلناه في المزارعة بعينه جار في الاجارة، ولهذا عمننا، وكذا القول بالجواز مع الارش، لما مر. نعم لا يبعد المنع، اذا كان الزمان قليلاً جداً، لا اعتبار له عرفاً في الاحارات والمزارعات، فلا ينبغي الازالة حينئذ، بل لا ينبغي الازالة مطلقاً، من باب الاحسان.

ولا شك أن لها التبقيّة الى مدة معينة باجرة وغيرها، فان ادرك، والا

(١) حوالى الثاني ج ٣ ص ٢٠٨ المحبت ٤٩.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا. (تكليف المزارع) بل قد قوله رحمه الله (تكليف المالك للمزارع)

ولو شرطاً في العقد تأخيرهُ ان بقي بعدها، بطل.
ولو أهمل المراجعة حتى خرجت المدة، لزمه اجرة المثل.
ولو زارع على ما لاماء له بطل، الا مع علمه.

فالى مدة أخرى، وهكذا، والى مدة غير معينة ايضاً بنذر عوض بم عوض، مثل ان يقول: لكل يوم بقي كذا، ونحو ذلك، لان الحق لها، ولا يعلوها، فلها ان يفعل ما اراداً متى لا تحريم فيه.

قوله: ولو شرطاً في العقد الخ. يعني اذا عقد الاجارة او المراجعة الى مدة معينة وشرطاً في متن العقد تأخير الزرع الى ان يدرك او الى مدة اخرى، ان بقي لزرع بعد المدة المشترطة غير مدرك بطل العقد، لانه يعود الى الجهالة في المدة، فتأمل.

قوله: ولو أهمل المراجعة حتى خرجت المدة الخ. (يعني خ) لو أهمل المزارع بعد عقد المزارعة المراجعة حتى خرجت المدة، لزمه اجرة مثل الارض التي زارع عليها، فانه فوت على المالك منفعتها فيضمنها، فلزمه الاجرة، وهو ظاهر.
كما ان في الاجارة اذا أهمل المستأجر، يلزمه الاجرة المستأجرة.

قوله: ولو زارع على ما لاماء له الخ. يعني لو زارع شخص على ارض لاماء لها بطل هذا العقد، مع الجهل، لاشتراط امكان الانتفاع لما زارع له، ومع عدمه لا امكان.

هذا ظاهر، الا انه يلزم البطلان مع العلم ايضاً، لعدم الشرط الذي هو امكان الانتفاع، ولا فرق في ذلك بين العلم والجهل، والقول بالاشتراط مع عدم العلم وعدمه معه بعيد.

وقال في القواعد: ولو زارعها او أجرها له ولا ماء لها، تختير العامل مع الجهل (الجهالة - لقواعد) لامع العلم، لكن في الاجرة يشبث المسمى.

وهو ظاهر في صحة (لزوم - خ) العقد مع العلم وعدمه مع علمه، وفيه تأمل فانه لا يحتمل ذلك مع امكان (شرط - خ) الانتفاع.

مع أنه صرح بالشرط في الاجارة والمزارعة فيه، فهو بعيد، وكيف يصح عقد (العقد - خ ل) مع عدم امكان العوض، بل لم يظهر لصحته اثر في المزارعة، وغاية ما يمكن ان يقال إنه رجع أو أنه شرط للزوم (١) وأنه يمكن الانتفاع بغير المزارعة التي تحتاج الى الماء، ولا يتعين ذلك بل يجوز له زرع ما ساوى لما شرط اواقل ضرراً او انه يجوز المزارعة مطلقاً من غير تعيين كما سيجي فيجوز له ان يزرع حينئذ ما لا يحتاج الى الماء فعلم الماء لا يستلزم عدم امكان الانتفاع مع القول باشتراط امكان الانتفاع كالانتفاع بغير الزرع اذ لا تندر (٢) في الاجارة له.

ما اورده في شرح القواعد، من ان امكان الانتفاع شرط فتأمل (٣).

ففي صورة العلم لا خيار له، بل يلزمه، حيث اقدم، مع امكان الانتفاع في الجملة، بخلاف صورة الجهل، فيكون له الخيار

ولكن لا يمكن هنا فانه ظاهر في انه تبطل مع الجهل، وتصح مع العلم، ألا ان يريد عدم اللزوم مع الجهل واللزوم مع العلم، فيصير مثل عبارة القواعد، والاشكال الوارد عليه يرد هنا ايضاً.

ويمكن ان يكون المراد ما لا ماء له غالباً، لا أنه لا ماء له اصلاً.

قال في التذكرة: اذا لم يكن للارض ماء يمكن زرعها به الا نادراً، ففي جواز المزارعة عليها اشكال.

(١) يعني غاية ما يمكن ان يقال في توجه كلام العلامة قلنس مؤه امران إما أنه قلنس مؤه رجع عن فتواه وان العلم شرط للزوم العقد الح.

(٢) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة اذا تندر.

(٣) في النسخة المطبوعة بعد قوله: فتأمل ما قلناه كالانتفاع بغير الزرع اذا تندر في الاجارة له الح.

ولو انقطع في الاثناء تخير العامل.

ويكون رجح في القواعد عدم الصحة مع الخيار في صورة الجهل فلا منافاة، فتأمل.

ثم اعلم أنه قال في شرح القواعد: الذي يقتضيه النظر، هو بطلان العقد من رأس اذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف (لا مع العلم) يريد به عدم بطلان المزارعة والاجارة لزوم مع العلم بأن الارض لاماء لها، وهو صحيح على القول بجواز التخطي الى غير لمنفعة المشروطة مما يكون متساوياً او اقل ضرراً، وحينئذ فلا شيء للمالك في المزارعة، لعدم امكان الانتفاع الذي حصول الحصة المشروطة متوقف عليه، أما في الاجارة فيجب المستى لصحة الاجارة، وعلى البطلان فلا يجب شيء (١)، فالبطلان رأساً محل التأمل، لعدم ظهور الاشتراط المذكور، خصوصاً مع العلم وتجويز الانتفاع بوجه آخر او (و-خ) حله على ما ذكره في التذكرة (٢).

وايضاً يحتمل ان يريد المصنف بقوله: « لا مع العلم » عدم الخيار بل البطلان (٣).

وايضاً يبعد عدم لزوم شيء في المزارعة، مع اخذ الانتفاع، فإنه ما سلم المالك الارض بلا عوض، فيمكن الحصة فيما زرع من المساوي او الاقل او جرة المثل كالمستوى في الاجارة الا ان يريد على تقدير عدم التخطي فحينئذ عدم شيء للمالك ظاهر، ولكن لزوم اجرة المثل في الاجارة غير ظاهر، فتأمل.

قوله: ولو انقطع في الاثناء تخير العامل. مجيء البطلان على القول به في لاقول، فان وجود الماء على تقدير كونه شرطاً مادام الزرع احتاج اليه، بل

(١) الى هنا كلام شارح القواعد.

(٢) يعني حله على ما اذا لم يمكن زرعها بدون الماء الا نادراً.

(٣) هذا معاد ما ذكره في شرح القواعد مراراً.

فان فسخ فعلية اجرة ماسلف (بتلف - خ).
وله زرع ماشاء مع الاطلاق.

يمكن ان يكون هنا اولى لعدم انتفاع آخر، هنا، فتأمل.
قوله: فان فسخ فعلية اجرة ماسلف. وجهه أنه فسخ العقد باختياره
فيبطل العقد بفعله، وما حصلت الحصة، والارض لا بد لها من الاجرة فيعطي اجرة
زمان كانت الارض تحت تصرفه، والمالك كان ممنوعاً عنها.
وفي الاجرة تأمل، اذ الفسخ بسبب انقطاع ما هو شرط للحصة، ولا اجرة
لها سواها.

هذا اذا فسخ، واما اذا لم يفسخ، فان حصل شيء، والآ لا شيء لاحدهما
على الآخر، وهو ظاهر.

والظاهر عدم الفرق بين المزارعة والاجارة هنا، فتأمل.

قوله: وله زرع ماشاء مع الاطلاق. المراد بالاطلاق هنا ترك التعيين،
سواء كان بما يدل على العموم وضماً من الالفاظ الموضوعه له، او ما يدل على الفرد
المنتشر وضماً، وعلى التقديرين ظاهر جواز زرع ماشاء سواء كان آخر اضراً لا،
اما على الاول (١)، فهو ظاهر، واما على الثاني فلان تجوز فرد منتشر تجوز لكل واحد
بدلاً عن الآخر، ولهذا الامر بالكلي امر بواحد أي واحد كان من افراد الماهية بمعنى
تحقق براءة ذمة الا تبيان بالمأمور به بأي فرد فعل، والآ فيلزم الاحمال، والتكليف
بالحال، ولهذا لو اراد فرداً معيناً يكون مجملأ يحتاج الى البيان، ولا يجوز التكليف به
الا مع البيان، وهو ظاهر.

بل المتأدر عرفاً من الاطلاق في مثل هذه الامور، هو العموم، وهو ظاهر.
نعم يمكن المناقشة في عدم صحة مثل هذا العقد لاشتماله على الفرر كما

(١) يعني اذا كان ما يدل على العموم.

ولو عين فزرع الأضر (الآخر-خ ل) تخير المالك في الفسخ،
فيأخذ اجرة المثل، او الإمضاء، فيأخذ المسمى مع الارش.

منع بعثك هذا بما تريد، او بأي شيء تعطى، ونحو ذلك.
وقد يفرق بالنقص والاجماع، وبأنه لا شك في جواز زراعة ما هو الأضر
للمالك، فله ان يعطيه لغيره ان يفعل ذلك له باجرة وغيرها.
قوله: ولو عين فزرع الآخر الخ. لا شك في عدم جواز التعدي عما عين
الى الأضر (الآخر-خ)، سواء كان في اجارة الارض ام مزارعتها، ولا الى المساوي
والاقل في لمزراعة، الا مع قبول الحصة المشترطة بالمثل تخميناً، ولا يكفي تخيل أنه
اذا كان اقل ضرراً او مساوياً لما عين، يعلم الرضا به، اد ليس الغرض منحصراً في
عدم ضرر الارض، بل الحصة هي الغرض (الاصلي-خ)، ومعلوم أنها تنفذت.
نعم يمكن ذلك في الاجارة، مع احتمال المنع في المساوي.
والمرد بالتعيين اعم من الشخصي والصنفي والنوعي والجنسي.
وفي أنه (١) يلزمه اجرة المثل على تقدير التعدي، وينسخ العقد، الا ان يكون
مدة الانتفاع باقية، لأنه ضيع منفعة الغير بغير اذنه، فيلزمه عوضها، وهو اجرة المثل
كما في غيرها (غيرهما-خ ل).
وقال المصنف: تخير المالك، اي مالك الارض في فسخ العقد. فيأخذ اجرة
المثل. وعنده، فيأخذ المسمى والارش ايضاً ان نقص الارض.
وفيه تأمل يعلم مما تقدم، على أن المسمى في المزارعة غير واضح، فان
الشرط هو نصف من الحنطة مثلاً كيف يأخذه من الشعير.
ويحتمل ان يكون المراد الاجارة او عوض الحصص أي مثلها، وتأمل.
ثم ان وجه التخيير ايضاً غير واضح، اذ الاجارة والمزارعة عقد لازم، وتعدي

(١) عطف على قوله قلنس صرّه في عدم جواز الخ.

ولو شرط الزرع والغرس افتقر الى تعيين كل منهما، وكذا
الزرعين متفاوتي الضرر
وللعامل المشاركة، وان يعامل من غير اذن.

العامل لا يقتضي جواز المسخ، بل ينبغي ان يكون له ائماً اجرة المثل او المستى،
ولمنع عن الأضرار ان امكن، والا فالمستى مع الارش في الاجارة، وفي المزارعة يمكن
عوض الحصة، المستى مع الارش، أو اجرة المثل، ويحتمل أكثر الامرين منها، وهو
الاولى، وللعامل المنفعة التي حصلت، فتأمل.

قوله: ولو شرط الزرع والغرس الخ. وجه لزوم الشرط عموم الأدلة،
ووجه احتياج تعيين الزرع والغرس هو اشتراط العلم وعدم الجهل والغرس فلا بد من
تعيينها، واشتراطها في الاجارة ظاهر، وهو ان يؤجر ارضاً للزراعة والغرس.
واما في المزارعة فاشتراط الغرس بان يكون شرط في (مع-خ) المزارعة
عرس اشجار له (الاشجار-خ)، قاله المحقق الثاني.

وكذا لا بد من تعيين كل واحد من الزرعين المتفاوتين في الضرر في لاجارة
والمزارعة، كالخطة والشعر، بل غير المتفاوتين في الضرر ايضاً، خصوصاً في المزارعة
لما تقدم، من أن الحصة هي الغرض الاصل.

ويحتمل الصحة مع الاطلاق، ويحكم على النصف، فحاصله تجوز ارتفاع
شخص بارض آخر بنوعين، فيحمل على الشركة والمناصفة، كما يحكم في مثلها،
لعدم الترجيح، وجواز المسامحة في المزارعة، حيث جوزت بالحصة الغير المعلومة في
الحصة، لاحتمال عدم حصول شيء اصلاً، وعلى تقدير الحصول، الحاصل غير
معلوم، والاحتياط واضح.

قوله: وللعامل المشاركة الخ. يعني لعامل المزارعة ان يعمل بنفسه وان
يشارك غيره في العمل بالاجرة وغيرها، وان يعامل الغير أي له ان يزارع غيره من
غير اذن مالك الارض، اذا لم يكن شرط العمل بنفسه، لما تقدم في الاجارة، ولكن

ولو شرط التخصيص لم يجز التعدي.

والقول قول منكر زيادة المدة. وقول صاحب البذر في الحصة.

لا يستم الارض اليه الا باذن المالك، فيضمن عند من يقول به في الاحارة، ولا يزاع باقل مما اخذه من غير عمل عند من منع الاكثر في الاحارة وهو ظاهر.

واشترط البعض في هذا كون البذر من العامل، وبه يفرق بين المزارعة والمساقاة حيث لا تجوز المساقاة من المساق، ويجوز المزارعة من العامل، وعموم الأدلة - وتسقط الناس على اموالهم، وتملك المنفعة والحصة مع العمل، وعدم ظهور مانع -

يفيد الجواز، ولو كان في المساقاة ما يمنع من اجماع ونحوه فهو، والآفة ينبغي القول به فيها ايضاً
ثم انه قال (١): في شرح الشرايع: المراد بالمشاركة بيع العامل بعض حصته المعلومة من الحصة التي له في الارض، بعوض معين، وهو انما يكون ببلوغ الزرع او ان البيع، ويكون الثمن غير العمل على الظاهر.

وظاهر العبارات اهم من ذلك بل غير ذلك، فاننا نفهم أن المراد أن يشارك غيره، بان يعمل معه العمل المشترك بعوض وغيره وكون العوض جزء من حصته، فكانه يرجع الى المزارعة في البعض أو اجارة شخص لعمل بعوض أو استعماله بغير عوض، فتأمل.

قوله: ولو شرط التخصيص الخ. لا شك في أنه لا يجوز التعدي عما عتق المالك الا الى الاقل ضرراً او مساوياً، وقد تقدم مع التأمل، ولا يبعد ان يكون المراد عدم المشاركة، وعدم المزارعة، مع تخصيص العامل بذلك، وهو الظاهر.

قوله: والقول قول منكر زيادة المدة. لا شك في كون القول قول المنكر مع يمينه، ولكي ينسعي ان لا يكون مما يكذبه العرف.

قوله: وقول صاحب البذر الخ. يعني اذا تنازع مالك الارض والعامل

(١) هكذا في بعض النسخ المخطوطة وفي ماير النسخ قبل بدل قال.

وقول المالك في عدم العارية، فيثبت الاجرة مع يمين الزارع على انتفاء الحصة، والوجه الأقل، وللزارع التبقية.

في الحصة، فالقول قول صاحب البذر مع يمينه، لأن الحصة مء مدكه، والاصل بقائه على مالكة، حتى يتحقق الانتقال شرعاً، فكان الحاصل في يد صاحب البذر وثبت كونه له، والمنازع خارج يدعيه، فعليه البينة، فالقول قول صاحب البذر مع يمين اذا علمت، كما في المدة.

قوله: وقول المالك في عدم العارية البخ. يعني اذا ادعى مالك لارض المزروعة المزارعة بحصة معينة، والعامل منع ذلك، وقال: هي عارية عندي، فأنكره المالك، فالقول قول المالك (مع اليمين - خ) في عدم العارية، فيحلف، وتسقط دعوى العامل، ويبقى دعوى المالك، فالقول قول العامل في عدم المزارعة والحصة، لأن الاصل عدمها كالعارية، ولأنه منكر كالمالك للعارية، وقد اخذ الانتفاع من ارض الغير، والاصل فيه الاجرة، ولما لم يتعين ثبت اجرة المثل للمالكها.

ثم قال: الوجه الأقل، أي الوجه في هذه الدعوى ثبوت أقل الامرين من الحصة التي يدعيها المالك، واجرة المثل التي لزمته بعد التحالف، لأن الزائد على الحصة منى على المالك باقراره، فللعامل تبقية زرعه في الارض الى ان يدرك، لأنه باتفاقهما زرع بحق، ثم اعطاء الاجرة.

ولو قلع المالك فليس له اجرة تلك المدة.

ويمكن ان يقال: لا يجوز له اخذ شيء، لأنه ادعى الحصة، وقد سقطت باليمين، فان الحق وعوضه لا يمكن الاخذ في الدنيا بعد الحلف، كما هو مقرر عندهم، ولأنه لا يدعى عليه الا الحصة، وقد ثبت شرعاً نفها، ولا يدعى غيرها، بل قائل بعلمه، فكيف يكلف الشارع العامل بشيء آخر، ويأخذه هو، فلا يحتاج الى التحالف، بان يحلف المالك بنفي العارية، اذ ليس للعامل عوض في تلك الدعوى، بل غرضه نفي الحصة، وقد نفها بيمينه.

ولو ادعى المالك الغصب طالب بالاجرة، والارش، وطم
الحضر، والازالة.
والخراج على المالك الأ مع الشرط.

وبالجملة لا شك أنّ المدعى هنا هو المالك للحصة فقط، والعامل منكر،
وأذا حلف سقطت، وليس للمالك دعوى أخرى، فإن كانت مسموعة عمل
بمقتضاها، وليس للعامل غرض متعلق بدعوى العارية، بل غرضه نفي دعوى الحصة
وقد حصل، فلا تحالف، فتأمل وسيجيئ مثله في دعوى الاجارة والعارية.
واحتمل في القواعد فيها ما قلناه هنا، وجعله أولى، فلا بأس به.
قوله: ولو ادعى المالك الغصب الخ. يعني لو ادعى المالك غصبية
لارض في المسألة المفروضة مع معلومية كونها له، فله مطالبة العامل باجرة المثل
للارض وارث الارض وطم الحضر وازالة ما اوجده فيها من الامور التي تمنع من
الانتفاع، وللمالك ايضاً قلع زرع العامل، لأنّه غاصب، ولا يسقط ذلك كله
بدعوى العارية.

نعم له احلاف المالك، فاذا حلف المالك سقطت تلك الدعوى، بل ثبت
حكم الغصبية.

قوله: والخراج من المالك الا مع الشرط. معلوم أنّ الخراج على صاحب
الارض، لأنّه اجرتها، ويدلّ عليه الرواية (١) ايضاً، بل في الرواية أنه ان زاد (٢)
الخراج - بعد لاجرة والتقبيل - ظلماً، على ان يكون الخراج على العامل له حذف
الارض بأنّه المنفور (لنفور - خ) (٣)، لأنّه ظلم على صاحبه.

(١) راجع الرسائل الباب ١٠ و ١٦ من ابواب المزارعة

(٢) في بعض النسخ الخطية: ان اراد بدل (زاد).

(٣) هكذا في النسخ.

وللمالك اجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة.
و يجوز الخرص، ويستقر بالسلامة.

نعم اذا شرط كونه من السين لاشك في صحته، لعدم ادلة الاشتراط (١)،
وهو ظاهر.

قوله: وللمالك اجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة. يعني ادا بطل
المزارعة يشبت اجرة المثل لمالك الارض في جميع صور البطلان، مع تصرف العامل
فيها باخذ الانتفاع، مع كون البذر له، فيكون الحاصل له، وللمالك اجرة لارض.
وجهه ظاهر، لانه اخذ الانتفاع من مال شخص من غير تبرع وتعيين اجرة
شرعاً، فيلزم العوض، وهو اجرة المثل، وله الحاصل لانه نماء ملكه وهو البذر.
واقا اذا كان البذر من المالك يكون للمالك اجرة مثله، مع عدم علمه
البطلان، اذ لا تبرع حينئذ ويكون الحاصل للمالك.
واذا كان البذر منها فالحاصل لهما بالنسبة، ولكل واحد على الآخر
الاجرة.

ويمكن استثناء ما كان البطلان باسقاط الحصة للمالك، كما تقدم في
الاجارة، فانه حينئذ يكون ارض المزارعة كالعارية، فتأمل.

قوله: ويجوز الخرص ويستقر بالسلامة. يعني يجوز ان يخرص العامل
ويتقبل الزرع بمقدار معلوم، وكذا للمالك ان يتقبل بان يقول كل من يتقبل: (على
ان أعطيك مقدار كذا وكذا) ونحو ذلك، ورضي الآخريه.
والظاهر انه لا يحتاج إلى القبول اللفظي المقارن، وسائر شرائط العقود
اللازمة، بل يكفي ما يدل على الرضا من الطرفين، وحينئذ يلزم ذلك.
ولكن استقرار اللزوم مشروط بالسلامة، بان لا يحصل آفة من الله تعالى،

وإذا حصل يسقط بالنسبة، وليس لاحدهما الرجوع على الآخر.
والظاهر ان لا اعتبار بالنقص بتقصير العامل، وإن الفاضل له مهيا كن،
وأنه يكفي تخمينها واحدهما مع قبول الآخر، من غير اشتراط العدالة، فإن الحق
لا يعدوهما، ولانسان التصرف في ماله بما يريد مالم يمنعه مانع شرعى، وليس هنا
ذلك.

والاصل في ذلك بعض الاخبار المتقدمة، فتذكر، مثل صحيحتي الحلبي و
يعقوب بن شعيب المتقدمتين (١) وغيرهما.
ولكن ليس فيها أن استقرار اللزوم مشروط بالسلامة، بل التقيين بعد
ادراك الثمرة.

ولكن دليله ظاهر.

وكذا دليل كون الزيادة له والنقص عليه، وهو العمل بالشرط، وأنه
كالعامية، وأن المقصود ذلك، (وعومهما ايضاً يدل عليه - خ).
ويدل عليه ايضاً موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله
عليهما السلام، قال: سألت عن الرجل يمضى ما حرص عليه بالنخض (في
الحل - خ ل) قال: نعم، قلت: أ رأيت ان كان افضل مما حرص (يحرص - ثل)
عليه الخارص أيجريه ذلك؟ قال: نعم (٢).

ومارواه محمد بن عيسى (في الصحيح) عن بعض اصحابه، قال: قلت
لابي الحسن عليه السلام ان لنا أكرة فنزارعهم (فيجيئون - خ) فيقولون لنا قد حرزنا
هذا الزرع بكذ وكذا، فأعطونا، ونحن نضمن لكم ان نعطيكم حصته

(١) راجع الوسائل الباب ١٠ من ابواب المراجعة والمساقاة الرواية ٢ والباب ١٨ منها الرواية ٣.

(٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام المراجعة والمساقاة الرواية ٣.

(حضنتكم - خ ل) على هذا الحرز، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: فإنه يحیی بعد ذلك، فيقول لنا ان الحرز لم يحیی كما حررت، وقد نقص، قال: فاذا يزداد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم ان تأخذوه بتمام الحرز كما أنه اذا زاد كان له، كذلك اذا نقص (١).

ولا يضّر عدم الصحة بجهالة البعض (٢) لأنه مؤيد.

واعلم أنّ محل التقبيل هو ادراك الغلة، كما هو المفهوم من الأخبار وقد فسر بانهقاد الحب، فتأمل.

وايضاً قيل يتوقف صحته على ايقاع عقد شرائطه كما في سائر العقود بلفظ الصلح او التقبيل على ما ذكره الاصحاب، وقد اشرنا الى ان الادلة تدل على عدم ذلك كما في غيره، فتأمل والخطآن

ووجه توقفه على السلامة من الآفات السماوية والارضية أنه بمنزلة معاملة مشروطة بقبض العوض، ووصوله الى يد صاحبه الجديد، فلم يسم، لم يحصل ذلك، كالمبيع اذا تلف قبل القبض، وأما ان اتلفه متلف فهو ضامن، كما أنه اذا تلف بتقصير من المتقبل، فهو مضمون على نفسه، فالحكم غير خال عن وجه، مع شهرته، بل كاد ان يكون اجماعاً، اذا انفالف غير ظاهر، مع التسبّع، غير مانقل عن ابن ادریس من منع هذه المعاملة، وهو غير جيد، للنصوص المتقدمة، وعموم ادلة العقود والشروط.

نعم قد يحصل التردد في بعض اللوازم، مثل توقفه على السلامة، مع كونه لازماً، على ان ذلك غير بعيد لما قلناه من عدم الخلاف من القائلين به، فتأمل.

(١) نوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام المزارعة والمساقاة الرواية ٤.

(٢) يعني (بعض اصحابه).

ولو كان الغرس يبقى بعد المدة فعلى المالك الإبقاء، أو الارش
لوازاله.

قوله: ولو كان الغرس يبقى الخ. يعني اذا استأجر ارضاً للغرس مدة
معلومة مع العلم ببقاء الغرس بعد تلك المدة، فيجب على مالك الارض ابقاء
الغرس باجرته مادام باقياً أو الارش، لو قلعه، فليس له القلع مجاناً، وكذا الكلام في
الاجارة للمزارة، بل في المزارة والمساقاة ايضاً.

وكان ينبغي ذكرها في الاحارة، ولعل وجه الحكم أنه لما علم المالك بقاءه
واقدم فهو اذن بالبقاء، ولكن لما لم يكن صريحاً، ولم يكن متبرعاً يلزم (له - خ)
الاجرة، فان قلع يلزمه الارش، حيث غر المستأجر.

ولكن قد يقال ان المستأجر لما اقدم على الاجارة بتلك المدة خاصة،
فكانه اقدم على ان لا استحقاق له بعدها، وأنه يجوز للمالك القلع.

ويؤيده ان الناس مسيطون على اموالهم (١) وأنه لا يخرج المنفعة من يد
المالك الا برضاه، وما حصل.

ونقل الخلاف في الشرايع، ورجع الاول، والشارح رجع الثاني، وهو غير
بعيد، الا أنه نقل عن فخر العلماء، أنه قال: لقد اجمع الاصوليون على اعتبار مفهوم
حديث ليس لعرق ظالم حق (٢) وان اختلفوا في مفهوم الوصف مطلقاً.

وكان هذا الحديث ثابت عند الكل، وهو موجود في التهذيب بسد غير
صحيح في باب المزارة، فهو دليل على الاول.

لعل منشأ اعتبار المفهوم هنا هو ما ثبت بالعقل والنقل أن لعرق محق وغير ظالم

(١) حوالى الثالث ج ٣ ص ٢٠٨ للطبع ٢٩.

(٢) روه في التهذيب في باب المزارة الرواية ٥٥ راجع ج ٧ ص ٢٠٦ للطبع الحديث ص ٢٠٦ ورواه في

الوسائل في كتاب العصب الباب ٣ الرواية ١ ح ١٧ ص ٣١١ وفي حوالى الثالث ج ٢ الحديث ٦ ص ٢٥٧.

ولو كان من احدهما الأرض ومن الآخر البذر والعمل
والعوامل، او من احدهما الأرض والبذر ومن الآخر العمل، او من
احدهما الأرض والعمل ومن الآخر البذر، صح بلفظ المزارعة.

حق، وذلك كاف، ولا يحتاج إلى هذا المعلوم، فإن ذلك ظاهر، ولا شك أن
العامل غير طام فلعمركه حق، اما ان يحل بالاجرة او بقطع العرس، وهو جمع بين
المصدقين ايضاً، فان لكل منهما دخلاً في الاثاء وتقدير (تقصيراً - خ) ما، فمع
الاجماع غير جيد.

وكذا منع كونه بحق بآته بعد المدة ظلم، كما فعله في شرح الشرايع، لأنه
ثبت بحق، وان كان المنع الثاني اولى.
وجه الثاني لا يخلو عن قوة، لما تقدم، الا أن الاول أحوط، وبالنصف
أقرب، فتأمل.

قوله: ولو كان من احدهما الأرض البذر. الظاهر ان لا خفاء في حواز
الاحتمالات الممكنة في هذه مع الاشتراك في الامور الاربعة (١) كلا او بعضاً،
ودليبه عموم ادلة المزارعة وادلة الايفاء بالمعقود والشروط، مع عدم منع ظاهر،
وايضاً ان لا خصوصية بالاثنين، فيحوز بين الثلاثة وما زاد، لما تقدم، وليست المعاملة
مطلقاً ولا هذه موقوفة على النص الخاص شرعاً، بل يكفي العموم، ولهذا ليس في
شيء من المعاملة بخصوصه دليل شرعي، كيف ولو احتاج الى ذلك لاشكل
الامر، فإنه معلوم عدم ورود نصوص (نص - خ) في كل صنف صنف من كل
معاملة مع العلم بالمغايرة بمثل هذه أي كون المتعاملين اكثر من الاثنين، وهو ظاهر،
ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط، بان يكون موجباً وقابلأ معاً مع وجوب
الاحتياط في الفروج، وكذا يجوزون في الطلاق كون المطلق زوجة بالوكالة (٢) مع

(١) لمشرنها في الترتيب. (٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: وكذا يجوزون في طلاق زوجته بالوكالة

ولو أجره بالحصة بطل.

عدم دليل بخصوصه، ومنع البعض الوكالة في الطلاق مع الحضور ومع لبعض وكالة النساء خصوصاً المطلقة، وغيرهما، مع عدم نص، بل ورد نص (١) بعدم جواز الاتحاد في النكاح، وليس لهم دليل الآ عموم العقود، وصدق النكاح، مع عدم ثبوت المنع.

وبالجملة امثاله كثيرة جداً، ولا يشترطون فيه النقل بخصوصه، وأنه لو شرط لبطل أكثر ما ذكره.

فقول شارح الشرايع بعدم الصحة - إذا زاد على الاثنين محتجاً بأن القابل والموجب اثنان فيتم بهما، ولا يمتد إلى الغير، وأن دليل المزارعة خبر حكاية خير، وليس فيه غير الاثنين، وكذا غيره من الاخبار عندما، لما تقدم - غير ظاهر، على أنه ما يظهر من حكاية خير وغيرها كونها اثنين فقط بل هو اعم.

بن الظاهر أن اهل خير كانوا كثيرين، فوقع به صلى الله عليه وآله وسلم وبينهم، وبالجملة ما ذكره محله بعيداً جداً وهو اصراف.

والظاهر أنه يمنع المزارعة فيما إذا أعطى أحد الأرض والآخر البذر والآخر العوامل، ويكون العامل آخر لا اشتراك الاثنين فقط في البذر والعن فقط مثلاً، فتأمل.

فإن دليله لو تم لدل على نفيه ايضاً، اذ الفرق مشكل.

قوله: ولو أجره بالحصة بطل. يعني لو اجر الأرض اجارة لامرارة، وحمل الأجرة الحصة لم يصح هذه الاجارة، لوجوب العلم بالعوض في الاجارة، وليس، وهو ظاهر، ومفهوم من بعض الاخبار ايضاً.

ويحتمل ان يكون المراد لا يصح المزارعة بلفظ الاجارة أي إذا اراد عقد

(١) راجع لوسائل باب ١٠ حديث ٤ من ابواب عقد النكاح ج ١٤ ص ٢١٧.

«المطلب الثاني في المساقاة»

وفيه مقامان الاول في الاركان وهي اربعة، العقد، المحل،
والمدة، والفائدة.

مزارعة لا يصح بلفظ الاجارة وهو بعيد.

قال في الشرايع ولو كان بلفظ الاجارة لم تصح، وقال في شرحه: لا اشكال
في عدم وقوع المزارعة بلفظ الاجارة لاختلاف احكامها، فان الاجارة تقتضي اجرة
معينة الخ.

وفيه تأمل لأنه لا مانع من وقوع المزارعة بلفظ الاجارة مع القصد وانقرية
فان غايته كونه مجازاً معها ولا فساد فيه.

وايضاً يدل على صحة المزارعة بلفظ الاجارة - ظاهراً مع الاتيان بشرائطها
من ذكر الحصة وغيرها ايضاً - مثل ما في صحيحه أبي المعز عن أبي عبد الله
عليه السلام، اما اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا ان تواجرها
بالتريع الخ (١) وما في حسنة الحلبي عنه عليه السلام، قال: لا تقبل الارض بمنطة
مسماة، ولكن بالنصف الخ (٢) وغيرهما.

«المطلب الثاني في المساقاة»

وفيه مقامان الاول في الاركان الخ. المساقاة معاملة على اصول

ثابتة بحصة من ثمرها، وهو ظاهر، ولهذا تركه، كما كثر التعاريف.

ومعلوم أن «المعاملة» بمنزلة الحسن، وإن (على اصول) الخ بمنزلة الفصل،
يخرج به المزارعة، و(ثابتة) لاخراج ما لا ثبوت لاصله وعرقه، كالتخصراوات،

والودي (١) التي لم تغرس، والمغروس الذي لم يثبت، ولم يستقر بعد، و(بخصه من ثمرها) يخرج الاجارة.

ويمكن ان يكون المراد بالثمرة هو نماء الشجرة المغروسة الثابتة، فيدخل في المساقاة المعاملة على ما يقصد ورده وورقه، مع ثبوت اصله، كالحناء والتوت. ويحتمل ارادة المجهود، فلا يصح المساقاة الا على اصول لها ثمرة متعرفة، ويؤيده عدم صدق التعريف ظاهراً، وعدم شمول دليلها لها يفيناً، وعدم ثبوت نقل المساقاة في غيرها، فتأمل.

وأما ذلن جواز هذه المعاملة فهو الاجماع المتعنى في التذكرة (٢)، والاخبار من العامة والخاصة.

مثل ما في صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، ان اده حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خير بالتصف أرضها ونخلها (الحديث) (٣). وصحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه وفيها الرمان والنخل والفاكهة، فيقول: اسق هذا من الماء (من هذا الماء) واعمره، ولك نصف ماخرج؟ قال: لا بأس (٤) وصدق لعقد ولعمامة والشرطية، مع (و-خ) عدم المع، فيشملها عموم الادلة، فتأمل.

وأما كون اركانها، الاربعة المذكورة - العقد المركب من الايجاب والقول الصادرين من اهلها، والمحل الذي يقع المساقاة عليه، وهو الاصل، والمئة المشترطة،

(١) الودي - صغار النخل.

(٢) قال في التذكرة هذه العمامة جائزة عند علمائنا اجمع انتهى ج ٢ ص ٣٤١.

(٣) الوسائل الباب ٩ الرواية ١ من ابواب احكام الزراعة والمساقاة ج ١٣ ص ٢٠١.

(٤) الوسائل الباب ٩ الرواية ٢ من ابواب احكام الزراعة والمساقاة ولاحظ التعليقة المرتبطة بهذه

وصيغة الايجاب ساقيتك ، او عاملتك ، أو سلمت
(أسلمت - خ) اليك ، وشبهه .

والفائدة التي هي الثمرة، والحصة - فهي (فهو - خ) بحسب الاصطلاح، فإنه قد يجعل
الاركان غير تلك ، وقد يجعل ايأها، والمقصود معلوم، ولا نزاع فيه، فتأمل .

قوله: وصيغة الايجاب ساقيتك الخ . قاعدتهم التي ذكروها مكرراً - ان
كل عقد لازم يحتاج الى صيغة ايجاب وقبول لفظي، مع الاعراب، والعريية،
والمقاربة، والمأصوية، وعدم الاكتفاء بغيرها - تقتضى ذلك في هذا العقد ايضاً .
وقد اشار اليه في التذكرة وغيرها .

ولكن قد عرفت التأمل في تلك القاعدة، وعدم ثبوتها، لعدم دليل عليها .
نعم لا بد من صدور ما يدل على الرضا الذي هو امر باطني، وشرط بالعقل
والنقل .

ولعل في ترك المصنف والمحقق القبول هنا اشارة الى ذلك ، وكذا في تجويز
التذكرة الايجاب بكل لفظ .

قال في التذكرة: وبالجمله كل لفظ يؤدي هذا المعنى، كقوله: تمهدت نخلي
بكذا، واعمل فيه بكذا، ولكن قال: لا بد من القول .

والظاهر ان كلما يصدق عليه العقد والمساقة، فهو صحيح، والظاهر انه
صادق على الأمر وغيره العقد والمساقة .

ويدل عليه ما في الاخبار الصحيحة، مثل ما في صحيحة يعقوب بن
شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام، (في حديث) فيقول: اسق من هذا الماء،
واعمره، ولك نصف ما خرج (١) (٢) .

(١) الوسائل الباب ٩ من كتاب الزاغة الرواية ٢ .

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: فخرج له ورعيه .

وهي لازمة، لا تبطل بالموت، ولا بالبيع، بل بالتقاييل.
وتصح قبل ظهور الثمرة وبعدها، ان ظهر للعمل زيادة.

فالحواز غير بعيد، كما تقدم في المزارعة، ويؤيده تجويز اقسام العقود
اللازمة، مع عدم دليل مخصوصه سوى العام، فلا يتم أنه لابد من النقل، وليس،
فلا يصح.

وكذا أنه لابد من الاقتصار على اليقين، فلا يقين اذ عموم الأدلة معينة
اليقين الشرعي الذي لابد منه فتأمل.
والاحتياط أمر واضح.

والظاهر صحة المعاملة ايضاً كما مر في البيع وغيره، وان مع في لتذكرة
لمعاطة فيه وفي البيع.

قوله: وهي لازمة الخ دليله ما تقدم في امثاله، من اوفوا، والمسلمون عند
شروطهم، فلا يبطل بموت احد المتعاقدين، الا ان يشترط العمل بنفس العامل،
فيبطل بموته، ولا بالبيع كما تقدم، خصوصاً في الاحارة والمزارعة، بل يبطل
بالتقاييل.

لعمري دليل البطلان بالتقاييل هو الاجماع، وما تقدم، فتأمل.
ومعلوم ان المراد بالبطلان، بعد الصحة، وباختيار المتعاقدين، فلا يصح
تسبوت البطلان بغير التقاييل ايضاً، مثل ظهور البطلان لعدم حصول شرط، ولا
البطلان، لتعذر الانتفاع، مثل انقطاع الماء ونحوه، كما تقدم في المزارعة فتأمل.

قوله: وتصح قبل ظهور الثمرة الخ. لاشك في صحة المساقاة، قبل ظهور
لثمره، لعموم الأدلة، وظهور تأثير العمل، فيستحق الحصة بالعمل، وكذا بعده، ان
بقى للعمل اثر يستحق به الأجر والحصة، بان تزيد به اثمرة عيناً، او كيفية، بحيث
يزيد ثمنه، لظهور الأدلة، وظهور الأثر، وأما اذالم يؤثر العمل اصلاً، بل يكون مجرد
الحفظ مثلاً، فالظاهر أنه لا يصح المساقاة لعدم تحقق مفهومها، ولعلّه لا خلاف فيه

واما المحل فهو كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها، مع بقاءه،
كالنخل والشجر.

ايضاً.

قال في التذكرة: لا تصح المساقاة على ثمرة قد وجدت، وبداء صلاحها،
واستغنت عن السقي، ولم يبق لعمل العامل فيها مستزاد، اجماعاً، لانها - والحال
هذه - قد ملكها رب البستان، ولم يحصل بالمساقاة زيادة الثمار، والغرض بها تحصيل
الثمار او جودة اتباعها، فاذا لم يحصل الغرض خلا العقد عن الفائدة، فيكون
باطلاً، واما اذا كانت الثمار قد ظهرت ولم يبد (ولم يبد - التذكرة) صلاحها، فان
بقي للعامل مافيه مستزاد الثمرة كالتاير والسقي واصلاح الثمرة جازت المساقاة تحصيلاً
لتلك الفائدة (١).

قوله: واما المحل فهو كل اصل الخ. يعني الثاني من الاركان هو المحل
الذي يرد عليه عقد المساقاة، وهو كل اصل، أي شجر، وهو الذي له ساق،
فلا يصح على مثل النبات الذي لا ساق له، كالبطيخ والقثاء وقصب السكر
وغيرها، وكذا القول التي لا تجز الامرة واحدة.

قال في التذكرة: لا تثبت المساقاة عليها اجماعاً، واما ما ثبتت في الأرض
ويجز مرة بعد أخرى فكذلك اذا لم يسم شجراً (٢) الى قوله: وهو اصبَح قول
الشافعي (٣)، فكأن هذا ايضاً اجماعى عندنا.

ولا بد ان يكون ذلك الاصل والشجر ثابتاً له ثمرة ينتفع بها، مع بقاء

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٤٣.

(٢) قال في التذكرة: وسمى بالشجر ماله ساق، وهو مخصوص بذلك الساق، قال الله تعالى: والشجر
ونشجر يسجدك، قيل في التفسير، فنحن مالا ساق له من النبات، والشجر ماله ساق (نقل ذلك في بعض
النسخة المحلية بخطه ر) ج ٢ ص ٣٤٢.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٤٢.

وفي الثوت والحناء نظر.

الأصل، كالنخل والشجر، فلا تصح على غرس المقلوع والودى.
ولعله دليله إجماع، وعدم صدق المساقاة، على ما عرفت من تعريفها.
وكذا على ما لا ثمرة له أصلاً، مثل الخلاف، أو له ثمرة غير منقطع بها مثل
الصنوبر.

قوله: وفي الثوت والحناء نظر. وجه النظر أنه ليس لها ثمرة عادة، إذ
لا يقال لما يحصل منها الثمر من الورق أنه الثمر (١) فلا يصدق التعريف.
وأنه ما كان فيما ثبت فيه المساقاة في زمانهم مثل الخبز، وأنه ثمرة بالنسبة
اليها، وأن المقصود الحاصل من الثمرة يحصل منها، فيلحقان بما له ثمرة.
الظاهر أن الخلاف في الثوت الذكر، قال في التذكرة: أما الثوت الأنثى،
فإنه يجوز المساقاة عليه عندنا لأنه مشعر، وأما الثوت الذكر وما شبهه مما يقصد ورقه
كالحناء وشبهه، ففي جواز المساقاة عليه خلاف، والاقرب جوازها، لأن الورق في
معنى الثمرة، لكونه مما يتكرر في كل عام، ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه
فيثبت له مثل حكم غيره، وكذا شجر الخلاف لاغصانها التي تقصد كل سنة أو
سنتين، والاقرب الجواز في الثوت منوعيه وكلما يقصد ورقه، أو ورده كالورد واليولوفر
والياسمين والآس وأشباه ذلك وكذا في فحول النخل، لأن لها طلعاً يصح كشاً
للتلقيح، فأشبه الثمرة (٢).

ولا يبعد قرب ما قرره، لعموم أوفوا، والمسلمون عند شروطهم، ولأن الناس
مسلطون على أموالهم. فلهم ما يفعلون فيها إلا ما منع منه.
ولأنه تصرف في مال الغير باذنه، بل أكل مال بتجارة عن تراص، فيصح،

(١) في النسخة المطبوعة لا يحصل منها من الورق أنه الثمر.

(٢) التذكرة: ج ٢ ص ٣٤٤.

وانما تصح اذا كانت الاشجار، مرثية.
ولو ساقاه على ودي (١) غير مغروس ففاسد.

ولما تقدم، ولأنه قد يحتاج الانسان اليها في امثاله، فمنعها لا يناسب الشريعة السمحة.

ولأن الظاهر ان بساكن الخير، وارصه ما كانت حاله عملاً لا ثمرة يعتنقها، مثل فحول النخل، وغير معلوم اخذ التعريف من دليل، بحيث لا يجوز غيره، اد قد يكون ذكره لكونه منقلاً عليه، او اكثرناً، وغير معلوم، عدم كون مثله في الخير، بل الظاهر وجوده فيها، وعدم وقوع مثله في زمانهم - على تقدير التسليم - لا يدل على العدم، كما في كثير من الفواكه التي ما كانت فيه، مع جواز المساقاة فيه اجماعاً. قال في شرح الشرايع: وفي بعض الاخبار، ما يدل على دخوله، أي دخول مثل الحناء في المساقاة.

ما رأيت شيئاً خاصاً، الا ما يدل على عموم الفواكه في الجملة. لعله يريد العمومات، كما اشرنا اليه، لكنه موجود في الكتاب (٢) ايضاً، فتأمل.

ولو انقل الاجماع المذكور - في شرح الشرايع في عدمها في غير المغروس ونحوه - لكن لقول بالجواز فيه ايضاً منجهاً، لما تقدم. قوله: وانما تصح، الخ. كأنه يلزم ذلك من تعريفها، حيث قيل فيه: لا بد ان يكون شجراً له اصل ثابت، ولا يكون كذلك، الا اذا كانت مرثية، ولأنه مع عدم الرؤية بجهول، فتأمل.

قوله: ولو ساقاه على ودي، الخ. ينبغي جعل هذا تفريع ماسبق.

(١) الودي بالياء المشددة هو صفار النخل قيل ان يحمل (بجمع البحرين).

(٢) الظاهر أن المراد منه القرآن.

ولو كان مغروساً وقدر العمل بمدة لا يثمر فيها قطعاً او ظناً او تساوي الاحتمالان بطل.
وتصح الى مدة يحمل فيها غالباً، وان لم يحمل.

قوله: ولو كان مغروساً وقدر بمدة الخ. يعنى لو كان الودّي مغروساً وظاهراً، كان مشتملاً على صحة شرطه من جهة المحل.
ولكن وقع الخلل في شرط المدة، فان شرط مدة معينة، لا تثمر في تلك المدة. مثل هذا الودّي علماً يقيناً او ظناً مأخوذاً من العرف والعادة، او يكون الاحتمالان متساويين في حصول الثمر الى تلك المدة وعدمه - مبطل لعقد المساقاة، لجهالة المدة وعدم الجرم بحصول الثمرة.

ولا يبعد تقييد ذلك بعدم الحصول، فانه لو حصل الثمر في الاخيرين يحمّل صحة العقد ويأخذ الحصة، للاحتمال عند العقد، ومطابقته للواقع واصل عدم اشتراط شيء آخر، وصديق التعريف، وعموم الادلة.

وعلم تقدير البطلان لا يبعد عدم اجرة المثل ايضاً للعامل مع علمه، فانه متبرّع، كمن غارس على ان لا يكون له شيء، واستأجر كذلك، كما تقدم.
واما مع الجهل فلا يبعد له اجرة المثل، خصوصاً مع علم صاحب الارض، بناء على قاعدتهم، ان كل ما بطل العقد يحصل للعامل اجرة المثل، لان الحاصل لصاحب الارض خاصة، لبطلان العقد، فلان للعامل من عوض لعمله، حيث ما كان متبرّعاً فتأمل.

قوله: ويصح الى مدة الخ. أي يصح عقد المساقاة الى مدة يحمل في تلك المدة غالباً، وان اتفق على خلاف العادة، فلم يحمل، ففائدة الحكم بالصحة عدم استحقاق اجرة المثل للعامل.

واما تكسيه باتمام العمل طول المدة - مع حصول العلم بعدم حصول الحصة، كما في انفاذ المال في القراض مع الحزم بعدم الربح والحصة، ففهو

ولو كانت الثمرة لا تتوقع الا في آخر المدة صح.

ويشترط في المدة تقديرها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، وان تحصل الثمرة فيها غالباً.

اشكال، كما نقل عن التذكرة، والظاهر العدم، فان الظاهر انه كالمعاوضة، فمع عدم العوض لا ينبغي التكليف، فانه مثل تلف المبيع قبل القبض، ولو سلم في القرض ما ذكر لدليل، فلا يقاس، والا يجزي المنع فيه ايضاً، مع امكان الفرق، فتأمل.

قوله: ولو كانت الثمرة الخ. يعني لا يشترط في صحة (حصول - خ) لعقد حصول الثمرة في اثناء جميع هذه المدة المشترطة، بحيث يكون في اولها ووسطها ايضاً، او بحيث يبقى بعد حصول الثمرة مدة كثيرة من تلك المدة، بل يكفي حصوله في تلك المدة، وان كان في آخرها، فلزمساقاه عشر سنين ولم يحصل الثمرة الا في السنة الأخيرة صح العقد.

ودليله عموم الأدلة، ويكون العمل كله في مقابلة حصصة السنة الاخيرة، فلا يضر خلو الباقي عن عوض معين.

قوله: ويشترط في المدة الخ. كانه اشارة الى الركن الثالث وبيانه، ويكون ما تقدم من تنمة بيان المحل، وان كان للسنة ايضاً دخل فيه، ويحتمل ان يكون من قوله: (ولو كانت الخ) في بيان المدة، وكلاهما غير حيد، ولكن الأمر هين. وأما اشتراط تقدير المدة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلرفع لجهالة، كما تقدم في المراجعة والاجارة وغيرهما.

وقد نقل عن ابن الجنييد الاكتفاء في التقدير بحصول الثمرة، وأنه مع الخلو عن المدة مطلقاً باطل، قولاً واحداً.

وذلك غير بعيد، للضبط عادة في الجملة، وللاصل، وعموم الأدلة، فتأمل. ولا بد ايضاً من كون تلك المدة مما يحصل فيها الثمرة المطلوبة (غالباً - خ)،

ويشترط شيع الفائدة.

فلو اختص بها احدهما - او شرط مقداراً معيناً، لا بالجزء المشاع، والباقي للآخر اولهما، او شرط ثمرة نخلات بعينها، والباقي للآخر - لم يصح.

ويجوز اختلاف الحصّة من الأنواع، اذا علم العامل مقدار الانواع.

ولو ظناً مأخوذاً من العادة، لأن الغرض حصولها، فلو لم يكن العقد مشتملاً على الغرض فلا يحصل، وقد اشار اليه المصنف، فيما قبل، فتأمل.

قوله: ويشترط شيع الفائدة. اشارة إلى الركن الرابع، وهي الثمرة الحاصلة من الاشجار التي هي محل العقد، ولا شك في اشتراط كونها شايعة، ليكون مساقاة، فانه لو لم يكن كذلك لم يكن مساقاة، بل اجارة، ان كانت معينة، وحوّزت الاجارة بلفظ المساقاة، وكان العقد بلمعها والا فالمساقاة (مساقاة - خ) باطلة.

قوله: فلو اختص بها احدهما الخ. تفريعها على شيع الفائدة ظاهراً، أي اذا كان شيع الفائدة شرطاً، فلو اختص الفائدة باحد المتماقدين - العامل وصاحب الغرس، او شرط مقداراً معيناً من الثمرة لاجزء مشاعاً لاحدهما وشرط الباقي للآخر او شرط الباقي لهما او شرط ثمرة نخلات بعينها من البستان الذي وقع المساقاة عليه لاحدهما وجعل الباقي للآخر - لم يصح العقد، وهو ظاهر مع ثبوت اصله، فتأمل.

قوله: ويجوز اختلاف الحصّة الخ. يعني اذا كان في البستان الذي ساقا عليه انواع مختلفة من الثمرة، واشترط الثلث من احدهما والنصف من الآخر مثلاً صحّ المساقاة، بشرط عدم العامل بمقدار كل نوع من تلك الانواع.

ومفهوم الكلام يدل على عدم الصحة، لو لم يعلم، وجهه الجهالة، وكذا

ويكره اشتراط رب الارض مع الحصة شيئاً من الذهب والفضة
(ذهب وفضة - خ) ويجب الوفاء مع السلامة.

مفهومه الصحة لو لم يكن الحصة مختلفة، بل اذا ساقاه على ذلك البستان بالصنف
مثلاً صبح مطلقاً، سواء علم مقدار الانواع ام لا.

وهو مشكل، فان الجهالة واقعة، فلو كانت مائة من الصحة لمنعت هنا
ايضاً، وكونه مفهوماً من الكلام غير واضح، فلا يبعد عدم الصحة، بناء على اعتبار
العلم وعدم الجهالة، فتأمل.

قوله: ويكره اشتراط رب الارض الخ. يعني يكره ان يشترط مالك
الارض على العامل ان يأخذ منه مقداراً معيناً من الذهب او الفضة، بل يكره له
ايضاً قبول ذلك، ولكن يجب الوفاء بشرط، مع سلامة، ماساقاه عليه، من الآفات
مطلقاً، وان كان ما حصل له اقل مما اخذ منه، من الذهب او لفضة مع حصول
الثعب.

وأما دليل الجواز واللزوم فهو ادلة الشرط ولزومه، مثل الوفاء، والمسلمون
عند شروطهم.

وأما كونه مشروطاً بالسلامة فلحصول الضرر (الضرر - خ) اذ يذهب تعب،
ويحصل عليه ضرر آخر باعطاء الزائد من الذهب، والفضة، فلا يبعد دخوله تحت
كل مال بالباطل.

ويحتمل ان يكون السلامة في الجملة، والسلامة عادة، بحيث لا ينقص من
ثمر المعتاد شيء (امر - خ) يعتاد به عرفاً.

والظاهر عدم الفرق بين كونها اكثر من الحصة وعلمه.

والظاهر ايضاً عدم الفرق بينهما وبين غيرها من الاموال.

ولعل دليل الكراهة الاجماع على ما يفهم من شرح الشرايع، مع ما يستحيل
من احتمال الضرر، وأنه اذا كان زائداً، او مثل ثمن الحصة التي تحصل له تحميناً،

ولو شرط فيما سقت السماء النصف، وفيما سقى بالناضح الثلث،
أو شرط مع الحصة جزءاً من الاصل، بطل.

لا يبعد تحريره، وعدم صحة العقد، فإنه ضرر منفي، بل يمكن خروج العامل بذلك
من (عن - خ) الرشد، ألا أن يعرض له نفع يعتد به.
وكأنه إلى ذلك نظر العامة، حيث حكموا بالحرمة، ولكنه أيضاً على إطلاقه
غير ظاهر، فينبغي التفصيل.

والظاهر أن حكم الاصحاب على الكراهة منفي على عدم الضرر
والسفاهة، فإنه معتبر في جميع المعاملات، وتركوه للطهور والكراهة - لاحتتمال
النقص والحصة فيستغرقها ما شرط، وينقصها مع حصول التعب - بعيد (١).
نعم لو شرط العامل على المالك شيئاً غير الحصة، فلا يبعد عدم الكراهة،
والكراهة أيضاً للاحتتمال المتقدم، وجبر النقص بتعمير الارض والشجر وعدم
اشتراطه بالسلامة لذلك، فتأمل.

قال في التذكرة: يكره ان يشترط احدهما لنفسه شيئاً من ذهب او فضة،
ون شرط ذلك وجب الوفاء به مع السلامة.

قوله: ولو شرط فيما سقت السماء الخ. ظاهر العبارة أن المراد اذا كان في
البستان ما يسقى بالسماء، أي لا يحتاج الى السقى بنحو (بمثل - خ) الناضح، بل يحتاج
الى عمل يسهل معه دخول الماء تحت الأشجار وغيره من العمل، وفيه ما يسقى بمثل
الناضح، وهو البعير الذي يسقى عليه من البئر، وشرط المالك لنفسه نصف الثمرة
مما يسقى بالسماء ولثلث مما يسقى بالناضح، يُبطل هذا العقد.

وسب البطلان غير واضح، ألا ان يحمل على الجهل بمقدار كل واحد منهما
بالكلية، فيصح مع العلم في الجملة.

(١) ولعل التصواب بعيدة بدل يبعد.

«المقام الثاني في الاحكام»

واطلاق العقد يقتضي قيام العامل بكل عمل يتكرر في كل سنة، وتحتاج الثمرة اليه من السقي والتقليب وتنقية الاجاجين (١) والانهار

وهذه غير المسألة المذكورة في القواعد والشرائع: ان سقى بالسماه فله النصف، وان سقى بالناضح فله الثلث، يبطل للجهالة، فلا يمكن ان يقال: وعبرة القواعد اجود من هذه، لأن المسألة مغايرة.

نعم ان كان المراد بهذه العبارة مراد عبارة القواعد، لاشك في ذلك، ولكن لا يفهم ذلك من هذه اصلاً، بل المفهوم ما ذكرنا.

مع امكان المناقشة، في عدم صحة ما ذكر في القواعد، ولذلك قال في الشرائع: وفيه تردد، فانه يمكن الصحة، كما مر في الاجارة، ان خطه فارسيّاً فلك كذا وروميّاً فلك كذا، مع احتمال البطلان هناك أيضاً، او خروجه بدليل خاص ايضاً، وقد مر مفصلاً، فتأمل.

وكذا يبطل لو شرط للعامل جزء من الاصل مع الحصة.

ولعل دليل البطلان انه خارج عن مفهوم المساقاة، فان مفهومها يقتضي الاقتصار في الاجرة على الحصة من دون الاشتراك في الاصل.

وفيه تأمل اذ ما نجد مانعاً من الصحة، وكونه مساقاة ايضاً الا ان يقال: قد وقع الاجماع على عدم انعقاد مثله مساقاة ولفظ المساقاة، فتأمل.

«المقام الثاني في الاحكام»

قوله: واطلاق العقد يقتضي الخ. اشارة الى ما يجب على العامل

(١) الانجاة موضع الماء تحت الشجرة والجمع اجاجين ومنه يجب على العامل تنقية الاجاجين والمراد

وازالة الحشيش المضر وتهذيب الجريد والتلقيح والتعديل واللقاط واصلاح موضع التشميس (الشمس - خ ل) ونقل الثمرة اليه وحفظها.

من العمل مع الاطلاق.

وام مع الشرط فلا شك في لزومه، مع عدم كونه حراماً ومنافياً لمقتضى العقد، وهو ظاهر.

واما دليل اقتضاء الاطلاق ما ذكره، فهو العرف والعادة، فان العادة تقتضى ان جميع ما يحصل به نفس الثمرة وجودتها وزيادتها عرفاً من الاعمال، على العامل، وكان ضابطه ما يتكرر كل سنة، مما فيه صلاح الثمرة وتحتاج اليه حصولاً وزيادة وجودة، منه السقي وتقليب الأرض وحرثها المحتاج اليه عرفاً وتنقية الاجاجين وتهذيبها مما يمنع مكث الماء ووصوله الى اصل الشجرة، وهي جمع اجانة بالكسر والتشديد، والمراد بها هنا الحفرة التي تحت اصل الشجرة، يقف فيها الماء، وكذا تنقية الانهار وازالة الحشيش المضر وتهذيب الجرائد، أي قطع ما يحتاج الى قطعه، كالأجزاء اليابسة، من كرم العنب والاغصان اليابسة، بل المضرة من الاشجار سواء كانت يابسة او رطبة، وسواء كانت مضرة للاصل او للثمرة، مع اقتضاء العرف، وتلقيح الأنثى من الذكر على الوجه المعتبر وتعديل الثمرة أي اصلاحها بازالة ما يضرها عنها من الاغصان والاوراق، ليصل اليها الهواء والشمس، وما يحتاج اليها، وليسهل اخذها عند الادراك، بل وازالة بعض الثمرة ايضاً، اذا كان لها دخل في نمو الباقي وجودته على الوجه المعتبر عرفاً، ووضع الحشيش ايضاً ونحوه عليها لمنعها عن الشمس المضرة ورفعها عن الأرض مع المضرة، اذا كانت على الارض، وغير ذلك مما يعلم، ويقضى به (عليه - خ) العرف.

ومنه اللقاط ايضاً، قيل بفتح اللام وكسرهما، لقاط الثمرة اخذها في اوانها

وما لا يتكرر في كل (لكل - خ ل) سنة، ويعد من الاصول، فهو على المالك، كحفر الآبار والأنهار وبناء الحائط ونصب الدولاب والدالية والكش (١).

عن محلها، بحسب العادة، فما يؤخذ عنياً او رطباً، ففي وقتها، وكذا ما يؤخذ للزبيب او تمر او القصب في زمها، وما يؤخذ للتدبير ويعمل، فلا يؤخذ الا تحراً بعد صلاحيته لذلك، ويحتمل ارادة اخذ ما يسقط (سقط - ح) من الشجر على الأرض. ومنه ايضاً اصلاح موضع الشمس أي الموضع الذي يجعل ثمرة هناك الى الشمس (الشمس - خ) لتيسر بها، ان كانت العادة فيه ذلك، ونقل الثمرة الى ذلك الموضع، وحفظ الثمرة الى محل القسمة عادة، سواء كانت على اصوها او في موضع الشمس او غير ذلك، والنقل الى البيوت عادة، وغير ذلك، وكل ذلك يعلم من العرف وعادة كل بلد وكل الثمرة (ثمرة - خ).

قوله: وما لا يتكرر في كل سنة الخ. أي جميع ما لا يتكرر في كل سنة. ويعد ذلك مما يتعلق بالاصول، أي يصل نفعه الى الاصول بالذات، وان حصل لشجرة ايضاً نفع - فهو على مالك الاصل دون العامل، وهو بحسب العادة كحفر الآبار والأنهار التي منها تنق الاصول وبها تنقي، وبناء الحائط.

قيل: لا فرق بين الجميع والبعض، حتى وضع الشوك على رأس الحائط، كذا ذكره في شرح الشرايع والتذكرة، فتأمل.

ولاشك في ذلك بعد اقتضاء العرف، ونصب الدولاب والدالية والكش وهو ما يلقح من الفحل على الأنثى، ولا يعد في ذلك، لأن الذي على العامل هو العمل، يعني التلقيح مثلاً، لا ما يحتاج اليه كالكاغذ والخيط للكاتب والخياط. نعم لو اقتضت العادة خلاف ذلك يتبع، وغير ذلك.

(١) الكش ما يلقح به الفحل (النبط).

ولو شرط على العامل لزوم.

ولو شرط العامل العمل كله على المالك، بطل، ولو شرط

البعض لزوم.

ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز ولو شرط عمله،

لخاصته، (لخاصة - خ).

وبالجملة اكثر هذه الاحكام مأخوذ من العرف، ومبني هذا العقد على

المساهلة، فلا يضر الجهل في الجملة، والفرر كذلك، فتأمل.

قوله: ولو شرط على العامل لزوم. لاشك في لزوم ما شرط على العامل مما

هو غير لازم عليه، بل على المالك فقط، لدليل المسلمون، ووافوا، مع عدم المانع،

وكذا لعكس، مع ابقاء عمل تستراد به الثمرة، وقد نقل المع من هذا عن الشيخ،

في شرح الشرايع، والوجه غير ظاهر.

قوله: ولو شرط العامل العمل الخ. دليل بطلان المساقاة - على تقدير

شرط العامل العمل كله على مالك الارض - ظاهر، وهو انه يصير مساقاة من غير

عوض من جانب العامل، فهو كالبيع بلا عوض، والاجارة كذلك.

ولا شك في الصحة ايضاً لو شرط على المالك بعض العمل، على تقدير

التعيين، بحيث لا يلزم الجهل المضّر المبطل، لأن المسلمين عند شروطهم ووافوا،

مع عدم المانع المخصص.

قوله: ولو شرط ان يعمل غلام المالك الخ. أي لو شرط العامل ان

يعمل عبد المالك معه الذي عمله يملك له، في البستان الذي محل المساقاة، مع

العامل، صح العقد والشرط.

دليله ما تقدم، وغاية ما يلزم ان يكون الحصّة في مقابلة بعض العمل، ولا

محدور فيه، مع التراخي، وان كان عمل العامل قليلاً.

ويصح لو شرط عليه اجرة الأجراء، او خروج اجرتهم منها (منهما - خ).

وكل موضع يفسد فيه المساقاة، فللعامل الاجرة، والثمرة للمالك .

وكذا لو شرط العامل على المالك كون عمل غلامه خاصة، أي في ملك عامل خاصة، بان يكون له ارض مثلاً، بشرط ان يعمل الغلام في تلك الارض، وقد سمع في شرح الشرايع أولاً، ثم تردّد، ثم رجح مطلقاً، وهو غير جيد. نعم يمكن ان يقال لا يسبغي ذلك، اذا كان عمل الغلام مساوياً لعمل العامل او أكثر، لأنه يلزم كون الحصة بلا عوض، لان عمل العامل في مقابلة عمل لغلام له وفي ملكه خاصة، فيصير عقد المساقاة بلا عوض من جانب العامل فيلزم البطلان.

ويمكن ان يقال: قد يكون عمل الغلام كله في مقابلة بعض عمل عامل، وان كان عمل الغلام اضعاف ذلك، ولا مانع منه مع التراضي، فتبقى الحصة في مقابل (مقابلة - خ) العمل، وان كان قليلاً جداً والحصة كثيرة كذلك، لعدم المانع، وعموم ادلة الصحة من وجوب الايفاء بالعقود والشروط، فالصحة مطلقاً - كما في المتن - ارجح.

قوله: ويصح لو شرط عليه الخ. يصح الشرط والعقد لو شرط لعامل على ذلك اجرة الأجراء، مع تعيين الاجرة والعمل.

وكذا لو شرط خروجها من البين ثم يقسم الحاصل.

دليله يعلم ممّا تقدم، ومعلوم ايضاً ان المراد مع نفاء بعض العمل الذي يستزاد به الثمرة للعامل، وأتينا ذكره، اشارة الى ردّ منع الشيخ، كما نقل في شرح لشرايع، وهو غير ظاهر، وكذا منعه من اشتراط شيء معا على العامل على المالك .

قوله: وكل موضع يبطل (يفسد - خ) فيه المساقاة الخ. تحريرها

ولو ساقاه الاثنان واختلفا في النصيب صح، ان علم حصة كل منهما
والآ فلا.

ودليلها، والاستثناء (١)، يعلم مما تقدم في المزارعة وغيرها فتذكر.
الآ أنه يمكن حصول أقل الأمرين في بعض الصور مثل ان عين اجرة
معينة، او عين ثمرة نخلات لاحدهما والباقي لهما، او للآخر، وبالجسم في جميع
الصور التي ذكر له عوض، وبطل، له أقل الأمرين، لأن الأقل ان كان (٢) جرة
المثل فظاهر، وان كان ماعين فلا يعطى اكثر منه، لأنه صار كالمتبرع.
وبضاً يمكن ان يقال: ينبغي ان يقتد صورة الاستثناء بالعلم، بعدم
استحقاقه شيئاً، وآ فجرد عدم اشتراط الحصة، بل شرط عدمها ايضاً لا يستلزم
التبرع المستلزم لعدم الاجرة وكذا العلم بالفساد في جميع صور البطلان، فتأمل.
قوله: ولو ساقاه الاثنان الخ. يعني لو كان بستان للمالكين، وقال احدهما
بوكالة الآخر ايضاً لعامل واحد: ساقياك هذا البستان، بان يكون لك من حصتي
التصف ومن حصة شريكي الثلث مثلاً. صحت.
بشرط علم المامل بمقدار حصة كل واحد في البستان، ولا يكفيه العلم
بالبستان فقط، لئلا يلزم الجهل في الحصة المضرب بالصحة.

موجهل بطلت المساقاة، فيلزم اجرة المثل له، والثمرة لهما مع الجهل
بالمسألة، ولا شيء له مع العلم، فتأمل، فانه يصير حيث متبرعاً بالعمل فلا اجرة له.
وتصح مع اتحاد الحصة، بان له في كل البستان النصف مثلاً، ولا يحتاج
حينئذ الى معرفة مقدار مال كل واحد من الاشجار التي فيه، لعدم الجهل بالحصة

(١) يمكن ان يكون اشارة الى ما تقدم في المزارعة. عند شرح قول المصنف: وللمالك اجرة المثل - من

قوله: ويمكن استثناء ما كان البطلان باسقاط الحصة للمالك الخ.

(٢) في النسختين المخطوطين: ان كان له.

ولو ساقاه على بستان على أن يساقيه على الآخر صبح. ولو هرب العامل ولا باذل جاز له الفسخ والاستيجار عنه بإذن الحاكم، وإن تعذر فبغير اذنه مع الاشهاد، لا بدونه.

المانع، فيشمله عموم الادلة.

ويمكن أن يقال: إن الناس قد يتفاوتون في المعاملة، ويحتمل أن يكون أحدهما ممن لا يرضى بمعاملة العامل، إن كانت حصته كثيرة، ويرضى مع أقله، فلا بد من المعرفة، ولكن الأصل ينفيه.

وكذا ترك العامل التفصيل مع علمه بالشركة، نعم ينفي الاعلام بالشركة، فتأمل.

قوله: ولو ساقاه على بستان الح. أي إذا قال: ساقيتك على هذا البستان على أن اساقيك على (١) بستان آخر صبح العقد، ويجب عليه الوفاء بالشرط، بمعنى أنه يلزم ذلك للزوم العقد الأول، فلو لم يفعل يتسلط (٢) الآخر على الفسخ، مع احتمال حصول الاثم وترك الامر بالوفاء بالعقد والشرط، وهذا الشرط مثل سائر الشروط، في البيع ونحوه.

فمع الشيخ رحمه الله صحة هذا العقد - محتجاً بأنه كالبيعين في بيع واحد، بان يقول: يمتلك هذا العبد نالف على أن تبيعني عبدك، عمأة، وهو غير صحيح، وكذلك هذا، على ما نقله (نقل عنه - ح) في شرح الشرايع - غير واضح اصلاً وقرعاً، فإنا نحده شرطاً غير مخالف للكتاب والسنة، وغير مناف لمقتضى العقد، فيصح كغيره، لعموم الادلة.

قوله: ولو هرب العامل الح. يعني إذا ساقاه ثم هرب العامل مع بقاء

(١) في بعض النسخ: على الآخر.

(٢) في النسختين: لم يتسلط الآخر ولمل الصحيح ما قبلناه.

العمر، لم ينفسخ بمجرد هريه، ولا يحور له الفسخ ايضاً بمجرد، للروم،
فبستصحب، حتى يثبت الصسخ، كما اذا امتنع مع حضوره عن العمل، بن له ان
يطلبه ويكنفه العمل، فان أبى او تعذر وان بدل بدله العمل شخص آخر- ولو كان
المالك بنفسه او بمن يقوم مقامه- فهو كما فعله العامل، والآ رفع امره الى الحاكم،
فيطلبه ويحيره، فان تعذر يأخذ من ماله، ويستأجر للعمل، وان لم يكن له مال
فليستأجر بالذين عليه، وان تعذر فممكن ان يستأجر من بيت المال مع المصلحة، ثم
يأخذ من حصته ذلك، ويحظ في بيت المال، فان تعذر الحاكم، ولو باعتبار عدم
قدرته على احد الامور المذكورة لمانع- ولا يعد كون المشقة مثل التعذر- فيستأجر
المالك عنه بكرة لمثل، بالشهاد، ثم يوفيه من الحصة، ان تعذر لاستيفاء من
لعامل.

ولا يعد حينئذ ايضاً بعد ادن الحاكم مع الامكان، وان رادت (١) يرد
عليه، ون مقصت يؤخذ منه، وهو دين عليه يلزم به.
وان لم يمكن الاشهاد يمكن ذلك ايضاً، للضرر، ولزوم العقد، ولكن يقصد
(بقصد- خ) الرجوع والاستبحار عنه، لامتيازاً.
وظاهر المتن عدم ذلك الا مع الاشهاد مطلقاً، كما هو ظاهر البعض.
ويمكن تقييده بالامكان، كما هو الطاهر، لما تقدم.

وقيل بخوار الرجوع، بمحض القصد وبنة الرجوع، وان ترك الاشهاد، مع
لامكان، وانما الاشهاد للالزام والاخذ بالحكم، لالشيوت في هذا الامر، وان مع
ذلك يكون القول قوله مع اليمين على ذلك، فان الاطلاع على قصده غير ممكن لكن

(١) يعني وان رادت الحصة على حرم المثل برد لئلا يرباه على العمل وفي جانب القصاص يوجد من

التسبط على مال الناس، والاستيجار لهم محل التأمل.

ثم اعلم أنه يمكن ان يقال: ان كان العقد يقتضي كون العمل من العامل لاغير، او بحيث لا يوجد (يؤخذ - خ) الشرط من غيره، فينبغي جواز الفسخ للمالك، للزوم المخرج والضرر، لو لم يجوز ذلك، وان وجد باذل متبرع وحاكم يعين بدله من يعمل.

وهو ظاهر، بل مع الاطلاق والاتيان بالعمل المشترط أيضاً، خصوصاً مع عدم البذل، وتعدر الحاكم، بل مع الاحتياج الى اعلانه.

لان ذلك تكليف مني بالاصل، ولان حقه ثابت في ذمة العامل، فله ان لا يقبل عن غيره، ولا يجب عليه تحصيله من غيره، وان امكنه.

ولان الحصة له بشرط العمل، واذا أبا عنه اسقط هو حقه، كما قيل: إن لأحد طرفي البيع الامتناع من حق الآخر على تقدير امتناع الآخر، وكذا الاجارة.

ولان شرط العمل ليس بأقل من اشتراط شرط في العقود كلها، فانهم صرحوا بان فائدة الشرط فيها على تقدير عدم اتيان من شرط عليه به جواز الفسخ للآخر.

ولأنهم جوزوا للبايع الخيار بعد الثلاثة قبل قبض المبيع، وان جاء بعده بالثمن.

واعلم ايضاً ان اصل هذا الحكم والبحوث التي ذكرناها بحري (بحي - ح) في اكثر العقود، مع انهم ماذكروه، فتأمل.

وان الذي ذكرناه خصوصاً: (ولان شرط العمل الخ) (١) يجري حاصله في العقود التي يجوز فيها اشتراط شيء، ويلزم جواز الفسخ على تقدير الامتناع، مثل

(١) هذه الجملة بيان لقوته قس سره. وان الذي ذكرناه.

والقول قول العامل في عدم الخيانة، وعدم التفريط.
ولو ظهر الاستحقاق للأصل، فللعامل الاجرة على الأمر،
ويرجع المالك على كل منهما بنصيبه.

البيع، فافهم.

فلو امتنع أحدهما عن (من - خ) بهذا العوض، ينبغي أن يكون للآخر
الفسخ، ولكن ثبت المال للآخر بالدليل - مع عدم دليل صريح بخوارق الفسخ، وإن
جاز في الشرط لدليل خاص، مثل إجماع ونحوه - منهم عن ذلك احتياطاً.
فتأمل في كونه احتياطاً وحسناً، بعد تجويزهم ذلك للشرط، فأننا نفهم
كونه في مثل هذا العقد بالطريق الأول.

ويؤيده قولهم بجواز الامتناع عن التسليم، حتى يتسلم العوض، مع وجود
الملكية والحق.

قوله: **والقول قول العامل الخ.** أي لو ادعى المالك على العامل خيانة أو
تفريطاً، فالقول قوله مع اليمين، لأنه منكر.

قوله: **ولو ظهر استحقاق الأصل الخ.** يعني لو كان الأصل الذي هو
محل عقد المساقاة مال الغير، وقد عومل بغير إذنه، فللعامل اجرة المثل على الأمر، أي
الذي ساقاه. والظاهر أن المراد مع جهله بالحال، لأنه غره.

ويمكن هنا أقل الأمرين (١)، كما تقدم عن قريب، ويرجع المالك على
العامل، بنصيبه الذي أحذه، وكذا على الأمر، ويأخذ الأصل ممن كان بيده، لأن
له أخذه ماله ممن أخذه.

ولا يبعد بناء على قواعدهم - أن للمالك (٢) الرجوع على كل من وصع يده

(١) يعني أقل الأمرين من الاجرة والمنفعة.

(٢) بيان لقوله قدس سره: لقواعدهم.

وليس للعامل ان يساقى غيره.
والخراج على المالك، الآ مع الشرط.

على الغصب وتصرف فيه - الرجوع على كل واحد منها بالجميع، مع تصرفهما في الثماء الذي يوجب الضمان وتلف ذلك، حيث وضع يده عليه، وتصرف فيه، ولكن يرجع كل منها (على الآخر - خ) بما حصل له وبالحملة حكمه حكم الغصب.
ولا يرجع على تقدير عدم حصول الثمرة وتلفها بأفة من دون اختيارهما، وهو ظاهر، فتأمل في صورة التلف.

قوله: وليس للعامل ان يساقى غيره. هذا مع اشتداد العقد على كون العمل بنفس العامل ظاهراً، لا غير، بل يمكن مع الاطلاق الشامل له ولغيره، المساواة لغيره، كما في الاجارة والمزارعة، ولهذا يجوز له ان يستأجر حينئذ من يعمل له عوضاً عنه، فان حصلها استبحار العامل العمل في النعمة، وله ان يفعل بنفسه وبغيره.

ولكن لا يسلم الاصل الا بادن المالك، بناء على ما تقدم، وقد عرفت مافيه، فتذكر.

والاستدلال على عدم جواز المساواة للعامل - بان المساواة معاملة على اصول مملوكة للمساقي (للمساقي - خ) وهنا ليس كذلك، فلا يجوز كما قيل مثل ذلك في المزارعة، كما تقدم - غير تام، فانه غير مسلم، نعم لابد من اصول مأذون في العمل بها، كما قلناه في ارض المزارعة، فتحوز بالنقص والمساوي، دون الزيادة والفرض وجود الاذن.

وفهم من شرح الشرايع، جوازها بعد ظهور الثمرة، فعلم عدم الشرط.
وبالحملة الجواز غير بعيد، لعموم الادلة، وعدم المنع، اذا فهم الاذن من المالك بوجه، ولا يمكن الفرق بينهما (بينها - خ) وبين المزارعة فتأمل.
قوله: والخراج على المالك الآ مع الشرط. أي خراج الارض في الارض

والفائدة تملك بالظهور.

والمغارسة باطللة. والغرس لصاحبه، وعليه اجرة الارض،
ولصاحبه ارش نقص القلع، ولو بذل احدهما الآخر القيمة لم يجب القبول.

المخراجية عليه.

دليله أن الخراج اجرة الارض، فالمالك أنها يستحق الحصة بسبب ملكية
الأشجار، وكون منعتها ملكاً له، فالحصة لا تحصل له إلا بعد موثتها وبالجسلة
الارض والاشجار وما عليها وما يحتاجان اليها في اصلهما فهو على المالك، والخراج
منه.

نعم ذا شرط ذلك على كونه من الحاصل يجوز معير شبهة، ولا يضر عدم
امكان حصول شيء غيره، فيكون فيه غرر، لأن مثل هذا الغرر في هذا العقد
ليس بضائر، بالنص والاجماع، لأنه قد لا يحصل شيء أصلاً مع عدم الشرط.
ولكن شرطه على العامل مشكل، إذ قد لا يحصل شيء أصلاً، أو لم يمكن
(يكن - خ) ذلك لمقداره، فهو ضرر عظيم وغرر كثير، إلا أن يجعل من حصته، مع
ظن أن الحصة أكثر فتأمل.

قوله: والفائدة تملك بالظهور. دليله ظاهر، لأن ملكه هو الحصة من
الثمرة، فمع ظهورها يملكها، كالمالك، وكالتريع في المضاربة.
وقال في التذكرة: عليه علمائنا، فيدل على كونه اجماعياً عندنا، والمحاف
فيه بعض انعامه، فلا يتوقف الملك عندنا بالحصول في يده.

وتظهر الفائدة في تعلق الزكاة، ومنع ابن حمزة وحبها (١) - مع القول
بإتقانك - بعيد، لعدم الدليل، مع شمول عموم أدلة الزكاة لها، فتأمل.

قوله: والمغارسة باطللة الخ. هي معاملة على أن يغرس شخص في ارض

(١) وفي هامش بعض النسخ المخطوطة: في نسخة الظاهر ابن زهرة (ولسه الضواب).

الغير، الاشجار ويكون المغروس بينهما، فما يحصل منها يكون بينهما.
 دليل البطلان عدم الدليل على الجواز، مع الفرر والجهالة، بل الاجماع
 أيضاً عندنا.

ولو لا ذلك لا يمكن القول بالصحة، لبعض العمومات، فمع وقوع العقد
 الباطل، يكون الغرس لمالكه، وعليه اجرة الارض مدة بقائه، ان استحق بها
 الاجرة، ولم يكن لصاحب الارض، وله ارش نقص القلع، ان قلع صاحب الارض
 المغروس، وعليه اصلاح الارض وارشها، لانه مغروس بالاذن، وليس بعرق
 طالم (١).

وقيل: المراد بالارش هنا المتفاوت ما بين كونها قائمة بالاجرة- وضم اليه
 الشهيد الثاني، ومستحقاً للقلع بالارش- ومقلوعة، فتأمل فيه.
 ولو كان الغرس لصاحب الارض فللمعامل عليه اجرة عمله، لانه ليس
 بمتبرع، وكل ذلك مع الجهل غير بعيد، فتأمل.
 ولو بذل صاحب الارض قيمة العرس، ويقول لصاحبه: بعه علي، لم يجب
 القبول، كما لا يجب عليه قبول اجرة ارضه ودليله ان الناس مسطون على امولهم
 فتأمل.

(١) المصنف الرواية وقد تقدم نقلها سابقاً.

«المقصد الثالث في الجمالة»

وهي تصحّ على كل عمل مقصود محلّ، معلوماً كان أو مجهولاً.

«المقصد الثالث في الجمالة»

قوله: وهي تصحّ على كل عمل مقصود الخ. قال في التذكرة: لجمالة في اللغة ما يجعل للسان على شيء بمفعله، وكذلك الجمل والجميلة، وأما في الشرع عبارة عن عقد دالّ على عوض في عمل محلّ مقصود.

وصيغتها كل لفظ دالّ على الاذن في العمل بعوض، مثل من ردّ عبدي فله كذا، ولا يحتاج الى القبول اللفظي، وهذا غير داخل في الصيغة والتعريف، وقد صرح به في التذكرة، كما في ساير العقود.

ودليل جوازه هو النص والاحكام المفهوم من التذكرة، قال: ولا نعلم فيه خلافاً، وأما النص فمثل قوله تعالى: ولمن جاء به حمل بعير^(١) والاختصار من طرق العامة^(٢)، ولخاصة، مثل ما رواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام، قال.

(١) سورة يوسف/٧٢.

(٢) صحيح البخاري باب في لا حارة، باب ما يعطى فيه الرقيق ومسند أحمد بن حنبل ج ٣ ص ١١٤ وج ٥

ويجب العلم بالعوض بالكيل او الوزن او المشاهدة او العدد.

سألته عن جعل الآبق والضالة؟ فقال: لا بأس (١).

وعن مسمع بن عبد الملك عن انصديق عليه السلام، قال: ان السي صلي الله عليه وآله جعل في الآبق ديناراً اذا أخذ ووجد في مصره وان أخذ في غير مصره فاربعة دنائير (٢).

ولا يضر عدم صحة السند (٣)، ولا دلالة الثابتة على ثبوت جعل معين من غير امر المالك للآبق، لانتها مؤيدتان.

ويمكن حملها على كون التعيين بامر المالك مجملأً، بان قال: من ردة عبدي فيه أحر وعوض مثلاً، وكان العرف بين اهل ذلك المصر كلهم في ذلك المصر في ذلك الزمان ذلك.

ولا فرق في ذلك العمل من كونه موجباً للاجرة عادة ام لا، مع تعيين الاحرة، وان يكون ذلك معلوماً، مثل من يرد عبدي من بغداد م لا، مثل من يرد عبدي، او من وجد ضالتي، ونحو ذلك.

قوله: ويجب العلم بالعوض الخ. ذكر في التذكرة للجماعة اربعة اركان، لاؤل الصيغة، وقد تقدمت، والثاني العاقد، وهو الأمر بالعمل، ويلتزم بالعوض، ولا يشترط كونه مالكا للآبق مثلاً، وكون المنفعة له، فانه يجوز الحصل على ردة مال

(١) الوسائل الباب ٢٩ من كتاب النكاح الرواية ١٧ ص ٣٧١ وروى مشد في باب ١ من كتاب حدة الرواية ١ عن علي بن حمر عن اخيه عليهما السلام، ج ١٦، ص ١١٢، ورواه أيضاً في الباب ٥ من كتاب العتق الرواية ١، عن علي بن حمر عن أخيه موسى عليهما السلام.

(٢) رواه في التهذيب في باب اللقطة آخر حديث الباب.

(٣) ومثله كما في التهذيب - هكذا: محمد بن يعقوب عن محمد بن علي عن أبي سعيد عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شيمون العمري عن عبيد الله بن عبد الرحمن الاصم عن مسمع بن عبد الملك قال في الواقي بعد هل حديث. بيد، هذا الحديث لم يجه في الكافي.

الفير، ولعمل له ويلزمه.

سعم يشترط اهتة التصرف، كما في ساير العقود، فلا يصح من لصبي والمخون والسفيه ولمس بعد الحجر، والمكره وغير القاصد.
قل في التذكرة: ولا نعلم فيه خلافاً.

واما العمل فاطاهر أنه لا يشترط فيه إلا العمل بقصد الاحرة، بعد سماع لصيغة التي تشتمها، فليس للكافر رد العبد، اذا قال: كل مسلم رد عبدي فه كذا وكذا الوقل: كن احدره عبدي فله مصحفي وعبدي المسلم، ان قلنا بعدم ملكيته (ملكية الكافر-خ) لهما اصلاً.

ولا بعد عدم اعتبار جواز تصرفه الذي قلناه في العاقد، لأن لفرض حصول هذا لعمل، وقد يمكن من الصبي المميز، وكأنه لذلك سكت عنه في لتذكرة.

وفيه تأمل من حيث أنه عقد، فبحتاح الى كون طرفه مثل اطراف ساير لعقود، ولعل العاقد الذي ذكره في التذكرة اعم فتأمل.

والثالث العمل، ويشترط فيه ان يكون محلاً مقصوداً للعقلاء عادة، فلا يصح اذا قال: من شرب خمرأ فله كذا، وقال: من استقي من الدحلة فرمي في الفرات فله كذا.

ويشترط ان لا يكون العمل واحداً لا يستحق الاحرة، فلو قال: من صلى المريضة فه كذا، لم يصح، ومثله من قال: من دلني على مالي فه كد، فذله من المال في يده، لم يستحق العمل، لأن ذلك واجب عليه في الشرع، فلا يجوز أحد العوض عليه.

ام لو كان في يد غيره فذله عليه استحق، بخلاف من رد على مالي فله كذا فردّه من كمال المال في يده، فان كان في رده من يده كلفة ومؤنة كالعد الآبق

استحق الجعل، وان لم يكن كالدراهم والدنانير فلا، لأن مالا كلمة فيه لا يقبل بالعوض.

يعلم منه عدم وجوب اعلام المالك كون ماله في يد الغير، وفيه تأمل. ويعلم منه ايضاً وجوب اعلام ذي اليد بكون المال عنده، ووجوب رده عليه بلا عوض مع عدم المؤنة، اذ وجوبه ثابت عليه بالاصل، وبغير العوض، فلا يستحق به العوض، فإن الله تعالى اوجبه بغير عوض، وعين له عوضاً، فلا يستحق غيره، وآ ما أتى بما اوحى الله عليه فتأمل فيه وتفصيل هذه المسألة يحتاج الى تطويل، وقد مر في الجملة في احكام الجارة، فتأمل فيه وفي لزوم العوض لمن كان المال عنده مع احتياج رده الى المؤنة، اذ قد يكون غاصباً فيلزمه رده بلا عوض، نعم لو كان عنده امانة شرعية يلزم ذلك بالضالة ومكانها.

قال في التذكرة: ولا يشترط في العمل العلم اجمعاً، لأن الغرض الكل في الجعالة بذل العمل على ما لا يمكن التوصل بعقد الاجارة اليه جهالته الخ. هذه صريحة في ان اشتراط العلم فيما شرطوه ليس ضرورياً بحكم نبيه اعقل باشتراطه، فالاشتراط فيما شرطوه يحتاج الى دليل، فاحفظ هذا ينفعك. والزاع الجعل وهو العوض للعامل، قال في التذكرة: ويشترط ان يكون العمل مملوكاً مباحاً للعامل معلوماً الخ.

اشتراط كونه مملوكاً للأمر ومباحاً للعامل ظاهر، اذ لا بد ان يكون الباذل مالكا للعوض، كما في ساير المعاملات، فانه تسليمك عوض، فكيف يملك ما ليس منك له، فلا يصح لمسلم ان يقول للكافر ان رددت عبيدي فلك على حمر او حنزير ونحو ذلك، ولو لم يكن مباحاً للعامل لم يجوز له اخذه ولم يتملك، فلا يصير عوضاً لعمله، كما اذا قال كافر: من رد عبيدي فله على حمر او حنزير، فردّه مسلم لم يستحقها ولا عوضها.

واقفاً المعلوماتية فما نرى عليه دليلاً سوى أنه مذكور في كلام الأصحاب، فتأمل. وما نحمد مانعاً إذا رضى بالمجهول في الجملة، بحيث لا يقع فيه نراع، وإن يقول: من ردّ عبدي فله هذه الصبرة من الحنطة وهذه العضة وهذا الذهب، وبحود ذلك، بل له عندي ثوب يعطيه ما يصدق عليه الثوب، كما في الكفارات، واشترائطها لادليل عليه خصوصاً بالتخصيل الذي ذكره من اشتراط كونها بالكيل والوزن والعدد إن كان من جنسها، كما ذكره في البيع وغيره، فلا يبعد الحواز كما في جهل العمل، ويؤيده أنه يجوز أن يقال من ردّ عبدي فله بصفه.

ولفرق الذي ذكره في التذكرة غير ظاهر، قال: والفرق بينه وبين العمل حيث حاز أن يكون (ها-ح) مجهولاً دعوى الحاجة إلى كون العمل هنا مجهولاً، فإنّ لغالب أنه لا يعلم موضع الآبق والصات، فلو شرطنا العلم لزم إخراج وعدم (١) دعوى الحاجة إلى كون العوض مجهولاً؛

وايضاً العمل في الجهالة (٢) لا يصير لازماً، فلهذا لم يجب كونه معلوماً، وليس كذلك العوض فإنه يصير بوجود العمل لازماً فوجب كونه معلوماً.

ويضاً وبه لا يكاد يرعب أحد في العمل، إذا لم يعلم الجمل، فلا يحصل مقصود العقد الخ (٣).

وانت تعلم أن النوحه الأول لفرق لم يتم، ألا أن (٤) كان دليل على اشتراط العلم، فقل أنه يخرج العمل بدليل، وليس بظاهر، وخروجه دليل على عدم كونه شرطاً إلا بدليل يفيد ذلك.

(١) عطف على قوله فليس سره. دعوى الحاجة.

(٢) هكذا في جميع النسخ ولكن الصواب العناية كما في التذكرة أيضاً.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٨٧.

(٤) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: إذا كان للخ.

وان الثاني انما يتم اذا كان العوض مجهولاً، بحيث لا يمكن تسليمه وتسليمه.

واما اذا كان معلوماً في الجملة مثل هذه الصبرة من الحطة، او ملا هذا الطرف، او دابة او ثوب فلا، فهو مثل العمل، فان العمل يضاً لو كان مجهولاً بالكيفية - سواء كان لازماً او حائزاً - لم يصح.

وان الثالث غير محل النزاع لآته مع عدم الرضا والرغبة لانه من لتعين ن احتاج اليه ستحصل ماله، وما اوجب الجهل حتى لا يتمكن، بل حوز الجهل، فهو وجه راغب فهو، والا يعين ان اراد ما اراد.

والخملة ما نجد عليه دليلاً، ولا فرق بين العمل والعوض، وان لم يكن فعلاً واخذ فيجوز الجهالة فيها، والا فلا.

وقد اشار الى مثل ما قال المصنف في التذكرة، الشيخ علي رحمه الله في بعض حوشي الكتاب، قال: القول بجواز الجهالة في العمل اذا لم يتبع من تسليم لا يخلو عن قوة، مثل من رد عبدي فله نصمه، بخلاف من رده فله ثوب، لان جهالة الثوب يمنع من تسليمه، وفيه تأمل.

والظاهر ان لاجماع لآته ما ذكره في التذكرة، مع التزامه منه، الله يعلم. اعلم ان الظاهر انه يريد بقوله بالكيل او الوزن او المشاهدة، و لعدد الكيل في المكيل والوزن في الموزن والعدد في المعدود، والمشاهدة في غيرها، كما هو مقرر في غيرها.

ويؤيده ما قال في التذكرة: يجب ان يكون معلوماً بالكيل و الوزن و العدد كان كانت العادة حارية معه كالاجرة الخ. حيث ما ذكر المشاهدة في البين.

ويجتمل الاكفاء بالمشاهدة فيها، كما هو مقتضى طهر الاعراب، وهو

ولو جهله مثل من ردّ عبدي فله ثوب او دابة، فاجرة المثل.
وكون الجاعل جازيـر التصرف.

أولى، لقلة المناقشة، لعدم الدليل (١).

قوله: ولو جهله، مثل من ردّ عبدي الخ. (نعم - خ) لو كانت العموميّة شرطاً يلزم بطلان عقد الجعل، فيلزم اجرة المثل للعمل، كما في سائر العقود الباطلة، بناء على ما ثبت عندهم من كلفة تلك المقدّمة.

ويجبي هنا ايضاً احتمال اقلّ الامرين، لأننا لا نسلم انّ كلها بطلت الاجرة المعينة لبطلان العقد، ولم يكن العمل تبرعاً يلزم اجرة المثل.

نعم هذه صحيحة اذا لم يكن هالك شيء يمكن تقويمه في الجملة، واما معه فلا، مثل ان نخرج مستحقاً او رضى (العامل - خ) بكون الاجرة ذلك المعين، فهو بالنسبة الى الزائد على ذلك متبرّع، ولما بطل المعين يستحق ما هو بمقداره فتأمل.

فانه يجبرى في اكثر المواضع التي حكموا فيها باجرة المثل، وفي كلام شارح الشرايع في بحث المساقاة، اشارة اليه، ولكن يلزم اعطاء الاكثر من اجرة المثل على تقدير كون ذلك المعين اكثر.

والظاهر أنّ نظر الاصحاب الى أنّه لما بطلت الاجرة المعينة ما بقى لرضا المحاصل بها اثر، سواء كان من جانب الاجير فلم يكن متبرعاً في الزائد او من جانب الموجه، فلا يكون باذلاً للزيادة، بل صار بمنزلة عدم وقوع عقد على تعيين امر بعمل ذي اجرة، فيتعين اجرة المثل.

ولكن يشكل استثنائهم فيما اذا شرط عدم اجرة، فانهم يقولون انه حينئذ لا يلزم شيء اصلاً، لانه متبرّع، اذ قد يقال انه لا اعتبار بهذا الرضا، فتأمل.

قوله: وكون الجاعل جازيـر التصرف. اشارة الى الركن الثاني بعد الاشارة

(١) تعطيل لقوله قدس سره: ويحتمل الاكتفاء.

وامكان العمل من العامل.
 ويلزم المتبرع ما جعله عن غيره.
 ولا يستحق المتبرع بالعمل، وان جعل لغيره.

الى الركن الاول والثالث، بقوله: كل عمل مقصود الخ. والى الرابع بقوله: ويجب العمل بالعوض الخ وقد عرفت الكل وشرايطه.

قوله: وامكان العمل من العامل. كأنه اشارة الى بيان شرايط انعام، فيمكن ان يريد منه الامكان الشرعي، فهو كناية من كون العامل جابر التصرف، فهو بعيد وحلاف الطاهر، فانه اذا أمر عبيتاً مثلاً بترده عبده بعوض، فرد، لظاهر أنه يلزمه العوض.

ويمكن ان يقال: نعم يلزمه العوض أي اجرة المثل لبطلان العقد، فتأمل (١).
 وأما حمله على الامكان العقلي والعرفي بعيد، اد ما يحتاج الى الشرط، فان غير الممكن لا يمكن فعله، فلا يستحق به الاجرة، فلا يحتاج الى القول به الا لخروج انذاره.

ويمكن ان يكون المراد الامكان شرعاً وصحته، فلو قل: من زار عاملاً او اعتق ونحوه مما يشترط فيه القرية وحصوله من المسلم او المؤمن، فلا يستحق غيره الاجرة بذلك، وهذا الشرط قد اهل في التذكرة وغيرها، فتأمل.

قوله: ويلزم المتبرع ما جعله عن غيره. يعنى اذا قال شخص تبرعاً: من ردة عبد فلان فله كذا، يجب عليه ما شرط، وجعله عوضاً عن ردة عبد لغيره بدلاً عنه، ولا يرجع على مالك العبد، ولا يلزمه شيء، فان الأمر متبرع.

قوله: ولا يستحق المتبرع بالعمل الخ. أي لا يستحق العمل والعوض من

(١) هكذا في جميع النسخ المخطوطة. ونكس في النسخة المطبوعة هكذا فالظاهر انه يلزمه عوض أي اجرة المثل، لبطلان العقد فتأمل.

ويستحق الجعل بالتسليم.

وهي جائزة قبل التلبس، ومعه ليس للجاعل الفسخ، إلا مع بذل اجرة ما عمل.

تبرع بالعمل، من غير أن يقال له ما يدلك على العوض لعمله، وإن قال: وشرط الجعل لغيره، مثل أن قال لزيد: إن رددت عبدي فلك كذا، وسمع الغير ذلك وردّ فهو حينئذ لم يستحق شيئاً، لأنه متبرع، حيث فعل من غير شرط عمل له لا عموماً ولا خصوصاً.

قوله: ويستحق الجعل بالتسليم. أي يستحق العامل طلب العوض وتملكه بعد تسليم العين التي عمل فيها، بأن كان عبداً فسلمه أو ثوباً غيظاً فسلمه، وغير ذلك.

وإن تعلم أنه إن كان العمل الذي شرط له مستلزماً للتسليم أو شرط فيه ذلك يلزم ذلك والا فلا، فلو قال من ردّ عبدي إلى هذا البلد فله كذا لم يجب التسليم للعوض، وكذا لو قال: من خاط لي هذا الثوب فله كذا.

والظاهر أنه يستحق بالعمل، فإن العوض جعل في مقابلة العمل الذي هو الخياطة فقط دون التسليم، وقد مرّ مثله في بحث الاجارة، ولهذا قال في التذكرة: استحقّق العامل للجعل موقوف على تمام العمل، فتذكر وتأمل.

قوله: وهي جائزة قبل التلبس إلخ. قال في التذكرة: العمالة عقد جائز من طرفين إجماعاً لكل منها فسخها قبل التلبس بالعمل وبعده قبل تمامه، ولا معنى للفسخ بعد تمام العمل، وإذا فسخ العامل متى فسخ فلا شيء له، لأن شرط الاجرة تمام العمل، فلا اجرة له قبله، وقد فسخ بنفسه فادخل القصد على نفسه.

وأما إذا فسخ الجاعل بعد التلبس، فإن كان فعل ما يوجب اجراً فعلياً اجرة ما عمل بالنسبة، فإن كان بعد نصف العمل، فله نصف الاجرة، وعلى هذا الوجه، فإن كان بعده ولكن ما يستحق الاجرة، فلا شيء له أصلاً،

ويعمل بالتأخر من الجماعتين.

وان العقد جائز، فيجوز الفسخ، وما عمل ما يستحق به شيئاً، بخلاف ما عمل (وله اجرة-خ) فان فسخه ادخال نقص عليه، فلا يجوز بغير عوض، فانه لو فتح هذا الباب يدم ان لا يقدر الانسان ان يكمل عمله لشيء وهو فساد وضرر.

وكذا يفسخ بالموت، فهو بمنزلة الفسخ، فان مات الجاعل قبل عمل يستحق به الاجرة او العامل كذلك فلا اجرة، الا انه لو مات هنا العامل بعد عمل يستحق به الاجرة، فالظاهر ان له اجرة لان الفسخ ليس باختياره، وما ادخل النقص عن نفسه فله اجرة ما فعل بالنسبة.

اما لو فعل بعد موت الجاعل فهو متبرع، كما اذا فعل بعد فسخ الجاعل، والظاهر ان له الاجرة مع عدم العلم في الصورتين، خصوصاً في الاولى، حيث ما علمه الجاعل، وكذا في الثانية مع علم الوارث بالجمالة، فان لزوم لاجرة اوضح من صورة عدم العلم، والظاهر اللزوم لحصول عمل باجرة من غير تبرع مع الجهل بفساده، على انه لا يذهب على الوارث والمالك شيء، لان لعمله عوضاً غالباً، فتأمل.

قال في التذكرة: وظاهر ان الجمالة على العمل ليس كالاجارة ايضاً، فهو قال: من خاط ثوبى فله درهم فحاط واحد بعضه، ثم اهل، لم يستحق شيئاً، مع احتمال استحقاقه، ولو مات، فالاحتمال أقوى.

ولا يخفى أن في قوله (١): -ومعه ليس للجاعل الفسخ الا مع بدن اجرة ما عمل- مسامحة، ادليس المراد عدم الجواز وعدم صحة الفسخ الا مع البدل، بل لزوم اجرة ما عمل مع الفسخ، فافهم.

قوله: ويعمل بالتأخر من الجماعتين، يعني اذا قال مثلاً: من رد عدي

ولو حصلت الضالة في يده قبل الجعل فلا شيء، ووجب الرد.
وإذا عين سلم مع الرد وإن (فإن - خ ل) لم يعين فاجرة لمثل،
إلا في البعير والابق يردّهما (بردهما - خ) من غير المصرف أربعة دنائير
قيمتها أربعون درهماً ومن المصردينار، وإن نقصت القيمة.

فله خمسة دراهم، ثم قال: من ردّ عبدي فله عشرة دراهم يؤخذ بالآخر ويعمل به
فإن ردّ العبد فله عشرة دراهم لا خمسة.

هذا واضح إن كان القول الثاني قبل العمل، وإما ما (إذا - خ) كان
بعد العمل فليس للعامل إلا الأول، وهو ظاهر.

قوله: ولو حصلت الضالة الخ. يعني لو قال شخص: من ردّ صالتي فله
كذا، وقد حصلت هذه الضالة في يد شخص قبل صدور هذا القول من الجاعل،
فلا يستحق شيئاً من الجعل، بل يجب عليه ردّ ما في يده إلى مالكه، فإن لردّ
واحب، ولا جس على الواحب، كما تقدم.

فيه أنه ينبغي أن يكون له العوض إذا كان الردّ ذا عوض، وقد تقدم.
قوله: وإذا عين سلم مع الردّ الخ. دليل وجوب تسليم الاجرة المعينة
بعد العمل الذي هو ردّ الضالة مثلاً. واضح وقد تقدم.

وكذا وجوب اجرة المثل مع عدم التعيين، بل قال: من ردّ عبدي أو ضالتي
فه اجرة وعوض علي، فإنه عمل ذواجرة، وماترع عليه فاعله، وما عين له الاجرة،
فليس إلا اجرة المثل، إذ لا وجه غيرها.

إلا في البعير والابق، فإنه إن ردّهما من غير المصرا الذي هو فيه فه أربعة
دنائير قيمتها أربعون درهماً، ومن المصردينار واحد، وإن نقصت قيمة البعير والابق
عن أربعة دنائير والدينار.

ودليبه رواية مسمع المتقدمة، مع عدم الصحة، ومخالفة القاعدة وقصر

ولو استدعي الرد ولم يبذل اجرة، فلا شيء.

الدلالة على الآبق، فانه ليس فيها الا الآبق، فدليل البعير غير واضح، بل الآبق
يضاً، لا ان الحكم مشهور بين الاصحاب.

وجعل الحكم في الشرايع مخصوصاً بالآبق للرواية، وبقل عن الشيخ انه
قال في المبسوط ان هذا الحكم على الافضل لا الوحوب، والعمل على الرواية أولى.
وكذا في التذكرة ايضاً، وزاد فيها، ولو نقصت قيمة العبد عن ذلك، ففي
وجوب ذلك اشكال وقال بعض علمائنا: الحكم في البعير الشارد كذلك، ان رده
من المصر كان عليه دينار، قيمته عشرة دراهم، وان رده من غير مصره كان عليه
اربعة دنانير وفيه نظر لعدم الطفر بدليل عليه الخ.

فلا يناسب الحكم في البعير بوجه، بل في الآبق ايضاً، ان لم يكن مجمعا
عليه، لما مر من عدم الصحة، وعدم انطباقها على القاعدة، وأنه قد يكون الديار او
اربعة دنانير اكثر من الآبق، وامكان حملها على كون تلك الاجرة عادة في ذلك
المصر، فليس بظاهر وجه اولوية العمل على الرواية، كما قاله المحقق والمصنف في
التذكرة.

وايضاً لا وجه لتقدير الدنانير، لما (بما-خ) تقدم، فانه غير موحود في هذه
الرواية، وما رأيت في موضع اخر سوى المتن ونحوه مثل التذكرة.

قوله: ولو استدعي الرد الخ. يعني لو قال: من رده عدي، او يرد عدي او
ضالتي، ومثال ذلك، ولم يذكر العوض وعلمه فلا شيء للراد، كما في صورة ذكره
مجاناً أو بلا احرة وعوض، للاصل، وعدم ثبوت حق للغير الا في صورة دلة الدليل،
ولا دليل، فان استدعاء الرد اعم، فانه قد يكون بالعوض، وقد يكون بغيره فلا
دلالة على الاول بخصوصه.

وهذا لا يخلو عن وجه، ولكن العادة في مثله يقتضي العوض، ويؤيده انهم
ذكروا -وقد تقدم ايضاً- أن من أمر شخصاً بفعل ذي اجرة عادة يلزمه الاجرة.

ولو جعل للراد شيئاً فردّ، جماعة استحقّوه، ويقسم بينهم ولو جعل ذلك للدخول فدخل جماعة، فلكل واحد ذلك الشيء.

وايضاً قالوا: إن أمر بالشراء، وأدى ثمنه يلزمه العوض، وإن كان لي في ذلك تأمل، وقد مرّ، وهذا مؤيد لذلك.

قال في التذكرة: لو استدعي، فقال لغيره ردّ آبق (١) استحقّ الجعل، لأنّه صمل يستحقّ في مثله الاجرة، وكان عليه الجعل، كما لو استدعي ردّ النقطة، كان عليه اجرة المثل، وإن لم ينصّ له على الاجرة.

وكذا إذا اذن الرجل في ردّ عبده الآبق، ولم يشترط له عوضاً برده، فالأقوى استحقاق الجعل الخ (٢).

وكلامها (٣) لا يخلو عن شيء، والأصل يقتضي العدم، فإن كان هناك صرف جاز بنزوم الاجرة - بالاستعمال مع عدم ذكر العوض بحيث صار الذكر وعدمه سواء في ذلك - اقتضى الاجرة.

او قرينة بأن كان العامل معلوماً أنّه لم يعمل الا بالاجرة، وكذا الأمر لم يأمر مثله بمثل هذا العمل الا بالاجرة، فكذلك والا فلا، للأصل، فمس يثبت (ثبت - خ) الاجرة فعليه البيان.

ومن هذا علم ما تقدم لنا من التأمل في استحقاق العوض بالأمر بفعل يستحقّ الاجرة، وكذا العوض في الاذن باداء الدين وبالضمان، فإن هذه الامور اعمّ من العوض وعدمه، والعام لادلالة له على الخاص، فتأمل.

قوله: ولو جعل للراد شيئاً فردّ جماعة الخ. يعني اذا قال من ردّ عبدي

(١) هكذا في التذكرة وجميع نسخ الكتاب، ويحتمل ان تكون العبارة ردّ آبق.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٨٦ (كتاب الجمالة).

(٣) يعني كلام التذكرة، ويحتمل ان تكون العبارة وكلامها.

ولو جعل لكل (واحد خ) من الثلاثة جعلاً مخالفاً للآخر،
فردوه، فلكل ثلث ماعينه (١) وكذا لو اتفقوا في الجعل، ولو جعل للبعض
معيناً وبآخر مجهولاً، فلكل من المعين الثلث، وللمجهول ثلث اجرة
المثل.

فله درهم، فردّه جماعة بان اخذوه دفعة وردّوه جميعاً، استحق الجميع الدرهم المحمول
لهم، فيقسمون (فيقسمون - خ) بينهم بالسوية، بخلاف ان قال: من دخل داري
فله درهم فدخلها جماعة، وان دخلوا دفعة، فان لكل واحد درهم.

والفرق واضح فان الجعل لمن صدر عنه الرد مستقلاً وبانفراده واحداً كان
او متعدداً والذي صدر عنه الرد بالاستقلال اما هو الجماعة لا فرد منهم، بخلاف
الدخول فانه جعل لمن صدر عنه الدخول مستقلاً ولا شك في حصوله عن كل واحد
منهم فيكون لكل واحد ما شاع.

نعم اذا كان الجعل أمراً شخصياً لا يقبل التعدد، يكون للجميع اذا دخلوا
جميعاً، ومع الترتيب، للاول فقط، لانه اخذ الاول بفعله الدخول، ولا جعل للثاني.
قوله: ولو جعل لكل واحد من الثلاثة جعلاً الخ. يعني اذا قال لواحد

من الثلاثة: ان رددت انت عبي فلک تسعة دراهم، وان رددت انت فلک الثلاثة،
ولآخر ان رددت انت فلک ستة، فردّه الجميع معاً. لقصد الجعل لنفسه لا متبرعاً
لبمالك، ولا اعانة للعامل، فلكل واحد ثلث ماعين له، لان كل واحد فعل ثلث
ماعين له من العمل، فيستحق ثلث الاجرة.

وكذا لو كانت احرتهم متفقة لاختلفة، سواء كان معيناً لكن او غير معين،
فيكون احرة المثل، او معيناً للبعض دون البعض، فيكون له اجرة المثل بالنسبة الى
عمله وهو ثلثها، وللمعين له ثلث اجرة الذي عين له.

(١) وفي نسخة: كان لكل واحد ثلث ماعينه.

ولو تبرع واحد مع المجمعول له، فلا شيء له، وللمجمعول له
النصف.
ولوردة من البعض فله بالنسبة.

قوله: ولو تبرع واحد مع المجمعول له الخ. يعني لو تبرع واحد، وأعان
العامل في الرد لشيء للمعين، وللعامل نصف ماعين أو نصف اجرة المثل.
هذا واضح ان كان متبرعاً للمالك أو قصد اجرة وأما لو كان معيماً
لعامل - بان أراد فعل ماعين له فعله بمنزلة الوكالة والاعانة مع عدم شرط الفعل
عليه بعينه - بمعنى أنه لا يفعل الا بنفسه - فلا.
بل الظاهر انه يكون له اخذ تمام الاجرة، لأن فعل المعين فعله حينئذ
والفرض جواره بنفسه وبغيره، واستحقاقه الاجرة مطلقاً، فإنه حينئذ لو حصل
الضال ورده لا بفعله بل بأجرة أو تبرع كان مستحقاً لتمام الاجرة لا بحاله، فكذا هنا
كما في الاجارة لمطقة والمزارعة، فتأمل.

نعم لو قصد اجرة لنفسه أو تبرع للمالك، فهو متبرع لعدم تعيين الجعل له.
قوله: ولوردة من البعض فهو بالنسبة. يعني من قال: من رد عبدي من
بغداد فيه درهم، فردّه شخص من نصف الطريق فله نصف درهم، فإن الدرهم
ينقسم على الكل، فلكل جزء جزء منه.

وفيه تأمل، اذ قد يقال: ما فعل ما جعل له: فإن الجعل إنما حصل للرد من
بغداد، ولا يلزم منه جعل الجزء لبعض الطريق، وهو ظاهر، اذ قد يكون العرض
متعلقاً بتحصيله من بغداد، فإنه هناك يكون صعباً، وأما في الطريق فلا، بل هو
يكون يقدر ان يرده بنفسه وبغير اجرة.

فكما (١) لا يستحق الاجرة للزيادة ان رده من فوق بغداد.

(١) يظهر ان مراده قلبي سرمد وهو كما لا يستحق الاجرة الخ.

والقول قول المالك في عدم الاشتراط، وفي حصول الضالة في يد العامل قبل الجعل.

وفي كون المأني به غير المقصود.

وفي قدر الجعل وجنسه.

لكن يخلف على نفي ما ادّعاه العامل.

بل يمكن هنا ايضاً عدم الاجرة اصلاً، لما تقدم.

الا ان يكون هناك قرينة دالة على ان المطلوب الرد مع الاحرة، وانما المعين للبعد، لا غير، فيستحق تمام الاجرة في الاعد، وبالنسبة فيما دون بعد د.

قوله: **والقول قول المالك الح.** يعني اذا قال العامل بعد رد الآبق مثلاً: قد جعلت انت الجعل معيناً او غير معين، وانكره المالك الجاعل، بل قال: انت متبرع فالقول قوله مع يمينه، لانه منكر، وعليه البيّنة، لانه مدّع للتعريف، ومع عدمها واليمين لاشيء للعامل.

وكذا لو قال العامل: اني حصلت الضالة بعد الجعل وانكر المالك، وقال بل وقعت الضالة في يدك قبل الجعل مع اتفاقهما على جعل للرد، لما تقدم.

وفيه تأمل، اذا لاصل عدم التبرع، وعدم وقوع الضالة بيد العامل حتى يعلم، ومعلوم بعد الجعل لاقبله، الا ان التعريف يقتضي ما ذكره المصنف، وهو ما تقدم.

وكذا القول قوله لو انكر كون المأني به والردود (عليه - ح) غير ما جعلت (جعل - ح) له الجعل، وهذا لا بأس به، لما تقدم.

وكذا القول قوله لو انكر زيادة الجعل او حنس ما يدّعيه العامل، الا انه في صورة تحالف الجنس والقدر، وحلف المالك على نفي مدّعاه يثبت للعامل اقل الامرين من اجرة المثل وما ادّعاه العامل.

اما ان القول قوله مع اليمين، فلما تقدم، من التعريف والاصل، وكونه

وحينئذ يثبت أقلّ الامر من اجرة المثل وما ادّعاه لعامل،
الا ان يزيد ما ادّعاه الجاعل على الاجرة، فيثبت عليه ما ادّعاه.

عارفاً، وعدم خروج مال عن مالكة (ملكه - خ) الا برضاه، وهو غير ثابت.
واما ثبوت الاقل، فلانه قد علم انه عمل عملاً باجرة غير متبرّع، وبطل
ما عيّن باليمين، فبقى عمل موجب للاجرة، مع عدم تعيين الاجرة، فله اجرة المثل،
الا انه لو كان اجرة المثل اكثر مما يدّعيه لا يجوز له الطلب باقراره لاستحقاقه دون ذلك.
وهذا في المقدار واضح، وفي الجنس ينظر الى قيمته واجرة المثل، الا ان
يكون اجرة المثل اقلّ ممّا ادّعاه الجاعل او مساوياً مع كونه لقلّ ممّا يدّعيه العامل،
فيثبت ذلك له، ويجب على الجاعل اعطائه ولم يجز للعامل طلبه.
وبالجملة الحكم بحسب الظاهر ظاهر وبالنسبة الى نفس الامر كل،
مكلف بما هو معلوم عنده.

وقال البعض، ما ذكره المصنف صحيح بشرط التحالف، فيحلف العامل
ايضاً على نفي ما يدّعيه الجاعل، لانه بالحقيقة هنا دعويان فكل مدّع ومنكرهما تقدم
مثله، وبعده يثبت للعامل ما ذكره المصنف الخ.

والظاهر ان التحالف في المقدار محلّ التأمل، وفي التحالف في الجنس
يمكن ذلك، لانه بمجرد يمين الجاعل على نفي ما يدّعيه العامل لا يثبت اجرة المثل، اذ
قد يكون الاجرة تلك المينة التي ادّعاها الجاعل، فلا بد من نفيها ايضاً حتى تبطل
الاجرة بالكلية، ويثبت اجرة المثل، وهو ظاهر.

ولعل مراد المصنف ما ذكره المحشى، ولهذا قال: ما قلّ الامر من، وتركه
لغيره، ولان العامل قد لا يدّعيه والجاعل يئذله فكأنه تسامح الجاعل بترك جعله
ورضى باجرة المثل.

وبالجملة الحق له فاسقط ورضي وقال انا ما أحلفه (١)، فليس له الا اجرة

(١) في بعض النسخ المخطوطة بعد قوله فاسقط ورضي انا ما أحلفه: وهو لا يدّعي ما رددته باليمين.

المثل بناءً على دعواه.

نعم له ان لا يرضى باجرة المثل الا بعد ان يحلفه على نفي ما ادعا كونه حرة، فلا قصور في المتن بل ولا ترك ما لا بد من ذكره، فانه ما قال انه يجب اجرة المثل عصباً عليه، بل بناءً على هذه الدعوى فقط، ولو اراد هونفها يجوز.

ولكن الكل مكلف بما بينهم وبين الله، بل ينبغي الابراء والاستقاط والصلح، فان الحامل كيف يتصرف فيها قاله انه الاجرة، وكذا العامل كيف يتصرف في اجرة المثل مع اعتقاده استحقاق العين المعينة، فكأنه وقع الرضا من كل واحد بعد اليمين باخذ هذا الحق بدل حقه، وان كان له زيادة، فتأمل.

ثم اعلم ان العذر المذكور عن المصنف لعدم ذكره لا بأس به، ولكن اظن ان التحالف وما ذكره المصنف ايضاً غير جيد، لان العامل اذا دعى اجرة معينة وحلف منكره، سقط حقه، يعني انه ما بقي له حق يمكن له طلبه في الدنيا واخذه بينه وبين الله، على ما ثبت في بحث القضاء ان اليمين مسقط للحق في الدنيا، وهو ما يلحق غيره، فلا يستحق في ذمته شيئاً، واصل براءة الذمة ايضاً يقتضي العدم، فلا وجه لاثبات اجرة المثل قبل التحالف، كما يفهم من ظاهر كلام المصنف ولا بعده، كما قاله المحقق الثاني، وقد اشرنا الى مثله مراراً، فتذكر، كأنه قد اشار اليه في القواعد.

قال في التذكرة: لوجاء بعبد او ضالته او لقطته او ثوبه مخيطاً، وطالبه بالعوض، فانكر المالك شرط الجمالة وقال: لم اجعل لك شيئاً، فالقول قول المالك لاصالة عدم الشرط الخ.

ظاهره ان لا شيء له، وليس ببعيد، للاصل، وقد يكون معبراً، ولكن كلامهم في امثاله يقتضي اجرة المثل، والوجه غير ظاهر.

«المقصد الرابع في السبق والرماية»

وأنها يصتحان في السهم، والنشاب (١) والحراب (٢)، والسيف،
والابل، والفيلة، والفرس، والحمار، والبغل، دون الطيور، والقدم،
والسفن، والمصارعة، وشبهها.

«المقصد الرابع في السبق والرماية»

قوله: المقصد الرابع في السبق والرماية الخ. قال في التذكرة: قد
ثبت جواز هذا العقد بالنص والاجماع، أما النص فالكتاب والسنة، قال الله تعالى:
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَتَاذْكُرُونَنَا أَنِ الْغِيَاثُ فَتُكْفِرُوا بِهِ (٣) فَاخْبِرَ اللَّهُ تَعَالَى بِذَلِكَ، وَلَمْ يَعْقِبْهُ بِانْكَارٍ، فَدَلَّ عَلَى
مَشْرُوعِيَّتِهِ صَدَدُنَا، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: وَأَعِزُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ
الْخَيْلِ (٤) وَرَوَى عَقِبَةُ بْنُ عَامِرٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، قَالَ: أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ

(١) والنشاب - بالصم والتشديد - السهم، الواحدة النشابة (جمع البحرين).

(٢) الحرية كالرمح لجمع على حراب ككلية وكلاب (جمع البحرين).

(٣) يوسف: ١٧.

(٤) الأنفال: ٦٠.

الرّمي قاله ثلاثاً (١).

وجه الاستدلال أنّ الله تعالى أمرنا بأعداد الرّمي و رباط الخيل للحرب و لقاء العدو، والاعداد لذلك انما يحصل بالتعلّم، والنهاية في التعلّم المسابقة بذلك، الخ (٢).

وانت تعلم ان لا دلالة في الآية الاولى على العقد المطلوب، وعلى تقديره لا تدل على مشروعيته، فإن فعلهم ليس بحجة، وبمجرد عدم الانكار لا يدل عليها، فانه ليس في وقت الفعل، وقد نقل في القرآن العزيز كثير من المنكرات بدون الانكار، وعلى تقديرها شرع من قبلنا ليس بحجة علينا. والآية الثانية أبعد، وهو ظاهر.

وأما السنة فما روي (فاروي-خ) عن النبي صلى الله عليه وآله، أنه قال: لاسبق الا في نصل أو خفت أو حافر (٣)، والنصل يشمل الشباب، وهي للمعجم، والسهم، وهو للعرب، والمزاريق (٤) وهي الردينيات (٥) والرماح والسيوف، كل ذلك من النصل واسمه صادق على الجميع. وأما الخف فالابل والفيلة، وأما الحافر فيشمل الخيل والبغال والحمير (الى قوله): ومن طريق الخاصة قولهم عليهم السلام

(١) سمع صفية بن عامر يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول وهو على السر وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي. مسند أحمد ج ٤ ص ١٥٧ سطر ١

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٥٣ وتسامه: ليكف كل واحد نفسه في بلوغ الهابة والحدقية انتهى موضع الحاجة من كلامه طمس مرة.

(٣) عوالي الثاني ج ٣ ص ٢٦٥ ولا حظ ذيله.

(٤) المراتق: رمح قصير (القاموس).

(٥) الرديني: لسم (القاموس).

أن الملائكة لتنفّر عند الرّهان وتلعن صاحبه ما خلا الخافر والحفّ والريش والنصل (١).
وأما الاجماع فلا خلاف بين الامة في جوازه على الجملة، وإن اختلفوا في
تفاصيله (٢).

وقد عرفت عدم دلالة الكتاب، وأمّا السنة فالخبر الاوّل عامي، وكذا غيره
مما نقله بعده فيها.

وإن قال في شرح الشرايع: إنّ الخبر الاوّل (٣) حسن، فيما رواه اصحابنا،
ولكن ما رأيت، وكلام التذكرة، يدلّ على كونه عامياً فقط، حيث قال بعده، وأمّا
من طريق الخاصة النخ.

والثاني ايضاً غير معلوم صحة سنده، رواه في الفقيه في باب من يجب ردّ
شهادته، عن الملا بن سيابة، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شهادة من
يلعب بالحمام؟ قال: لا بأس، اذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فإن من قبلنا
يقولون: قال عمر هو شيطان، فقال: سبحانه الله، أما علمت أنّ رسول الله صلى
الله عليه وآله قال: ان الملائكة لتنفّر عند الرّهان وتلعن صاحبه، ما ضلّا الخافر
والحفّ والريش والنصل، فانها تحضره الملائكة النخ (٤).

وقريب منه في باب بينات التهذيب قال بعد ذكر ما في الفقيه: وهذا
الاسناد سمعته يقول: أي ابو عبد الله عليه السلام، لا بأس بشهادة من (الذي يجب)
يلعب بالحمام، ولا بأس بشهادة صاحب السباق المراهن عليه، فإن رسول الله صلى

(١) الوسائل، ج ١٣ ص ٣٤٧، الباب ١ من كتاب السبق والرمية، ج ٦.

(٢) انتهى كلام التذكرة ص ٣٥٣.

(٣) يعني رواية عقبة بن خالد.

(٤) الوسائل الباب ٥٤ من كتاب الشهادات الرواية ٣ ج ١٨ ص ٣٠٥ وقسم الزويرة: وقد سبق

رسول الله صلى الله عليه وآله أسماء بن زيد ولجري الخيل والخبر الذي قبله، سنه هكذا: احمد بن محمد بن
عيسى، عن محمد بن موسى، عن أحمد بن الحسن، عن أبيه عن علي بن عقبة، عن موسى بن النخيري، عن العلاء بن سيابة قال:

الله عليه وآله قد أجرى الخيل وسابق، وكان يقول: ان الملائكة تحضر الزمان في الخف والحافر والريش، وما سوى ذلك فمحرّم (١).

فيها دلالة على جواز الرهانة بالحمام، وان من لا يعرف بصق يسهل شهادته، مع اشتماله على ما لم يقل به الاصحاب من جواز القمار بالريش أي الطير، ولعجب أنه غير موحود في الخبر العامي، مع قولهم به، وموجود في الخاصي مع عدم القول به، وحمل الريش على النقية للاجماع وغيره - لا يخلو من بعد، ولكن لا يضمنه مع ثبوته.

ثم شمول النصل لجميع لقام النشاب التي في رأسها الحديد غير بعيد، وكذا شموله للسيف والرمح، (والثلاثة - ح) (٢) مجمع عليه، قاله في لتذكرة وشرح الشرايع. قال في القاموس: النصل والنصلان حديد السهم والرمح والسيف ما لم يكن له مقبض، فريد (فريد - خ) هنا فيه الحديد.

واما شمول الخف للميل فغير واضح، قال في القاموس: الخف لا يكون إلا للبعير والتمام.

ولظاهر شمول الحافر للثلاثة المذكورة (٣)، كآته لإجماع الاصحاب مع عدم الحرب بالحمار، ولكن جوازه بالغيل مجمع الاصحاب قاله في التذكرة وشرح الشرايع،، فليس هنا دليل واضح إلا الاجماع المستند الى ما تقدم، والاصل. إلا ان تحريم القمار مطلقا كآته اجماعي، فما بقي الاصل، إلا أن المدكورات خرجت بالاجماع والنص المتقن.

ثم ان الظاهر ان لاجلاف في تحريم القمار بالعوض عند الاصحاب، وعيه

(١) الوسائل الباب ٣ من كتاب السبق والرمية، الرواية ٣

(٢) يعي الخيل والبغال والحمير.

(٣) في الخف والنصل والحافر.

طاهر الكتاب (١) والسته ومبا الخبران المتقدمان ان قرء السبق بحركة، وهو العوض، قل في القموس: هو الخطر، وقال فيه: هو السبق يتراهن عليه، وهو العوض، صرح به في التذكرة، قل في شرح الشرايع (٢): المشهور قراءة سبق بفتح لاء وهو لعوض المندول لعمل، وليس المراد بني الماهية، بل اقرب المجازات، أي لا يصح بذل عوض في ملاعبة إلا في هذه الملاعبة بالثلاثة، وعلى هذا لا ينبي جوز غيره بغير عوض، وربما رواه بعضهم بسكون الباء، أي لا يقع هذا الفعل إلا في ثلاثة، فيكون ماعدها غير جدير، ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الأقدام ورفع الحجر والمصارعة، وبالألات التي لا تشتمل على تصل بغير عوض هل يجوز ام لا فعلى رواية الفتح يجوز وصلى السكون لا وفي الجواز مع شهرة روايته بين المحدثين موافقة للاصل، خصوصاً مع فرض غرض صحيح على تلك الاعمال.

واعلم ان الأصل جواز كل شيء حتى يعلم تحريمه، فكان القمار أي الرهانة عمن تحريمه، كما مضى حتى لعب الصبيان بالجوز.

وقد علم ايضاً تحريم بعض اللهو بآلات القمار وان لم يكن فيه رهن وعوض، مثل النرد والشطرنج.

(١) هو قوله تعالى: يا أولئك عن الخمر والمسرفين فيما أنتم كبير ومماح للسبب البقرة ٢١٩

(٢) في المسالك، المشهور في الرواية فتح الباء من سبق وهو العوض المندول لعمل، كما سيأتي وماهية معينة غير مرادة بل المراد من حكم من احكامها او مجموعها بطريق المجاز كظانته واقرب المهارات اليه من الصحة، والمراد انه لا يصح بذل العوض في هذه الماهية، إلا في هذه الثلاثة، وعلى هذا لا ينبي حوازه غيرها بغير تعوض، وربما رواه بعضهم بسكون الباء، وهو القصد أي لا يقع هذا الفعل إلا في الثلاثة، فيكون ماعدها غير جدير، ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الأقدام ورفع الحجر ورفع المصارعة وبالألات التي يشتمل على تصل بغير عوض هل يجوز ام لا فعلى رواية الفتح يجوز وعلى السكون لا وفي الجواز مع شهرة روايته بين المحدثين، وموافقة للاصل، خصوصاً مع نرسب غرض صحيح على تلك الاعمال راجع المجلد الاول من انساب في كذب السبق والرماية

وأما مثل السبق بالأقدام والمصارعة وغير ذلك ، فالظاهر الجواز للأصل ،
ويدل بعض الروايات على جواز المصارعة وفعل الحسين عليهما السلام مشهور ، وهو
موجود في الأمالي (١) وغيره .

ويؤيده وجوده بين المسلمين من غير منع ، وإن فيه غرضاً صحيحاً غير ظاهر
القبح .

ولا دلالة في الخبر (٢) - على الوجهين - على التحريم أما على الأول فلما ذكر
ولأنه قد يقال معناه أن لا لزوم أو لا يملك للسبق والعوض إلا في هذه الثلاثة من بين
الأسباق والأفعال التي يسابق عليها ، فلا يدل على تحريم العمل والملاعبة مع العوض
ولرعاية أيضاً ، بل لا يدل على تحريم العوض أيضاً ، وهو ظاهر .

وأما على الثاني فلأنه يشتمل أن يكون معناه - حيث أن السبق بالسكون
مصدر سبق صرح به في التذكرة وعنده - أن لا اعتداد لسبق في أمثال هذه الأمور إلا
في هذه الثلاثة ، أو أنه لا يجوز الملاعبة بالسبق والمسابقة إلا في هذه الثلاثة ، فلا يدل
على تحريم الفعل من غير رهانة وقار ، بل لا يبرهن على تحريم هذا إلا أن معناه أن
لا مشروعية والجواز للسبق إلا للسبق في هذه الأمور الثلاثة فإن هذه المعنى وإن كان
يمكن فهمه ، ولكن ليس بنص فيه ولا ظاهر ، فإنه يحتاج إلى تقدير ، بل إخراج
السبق الذي هو مصدر سبقه يسبقه عن معناه ، وجعله بمعنى فعل يمكن فيه ، مع عدم
ظهور منطها .

ويحتل أن يكون منشاء الخلاف غير ذلك .

ثم إن الذي يظهر من التذكرة الإجماع على جواز المسابقة على الأمور

(١) راجع الأمالي للصدوق رحمه الله ، المجلس الثامن والستين ص ٢٦٧ من الطبعة العسوية بقم .

(٢) يعني الخبر المشتمل على قوله - لا سبق الخ - بفتح الباء والسكون .

المذكورة، وهي في غير السيف والرمح ظاهرة، وأما فيها فقال فيها - يجوز لمسابقة بالسيف والرمح على معنى الرّد والتردد بها. لعمري يريد اللعب المتعارف بهما برّد أحدهما مالصاحبه وضربه وحفظ نفسه عنه.

وقال أيضاً: ولا يجوز المسابقة على الأقدام الى موضع، كجبل وغيره لا بعوض ولا بغيره، لأنه نهي صلى الله عليه وآله عن السبق إلا في (الاشياء - خ) الثلاثة، ثم قال بعده: ولم قول آخر لا يجوز المسابقة على الأقدام، فالمسابقة على السباحة أولى بالمنع (١) - الى قوله - واعلم ان المسابقة بالأقدام ضربان أحدهما ان يتعاديا فإتيهما سبق صاحبه فهو السابق و(٢) يكون المدى شيئاً معلوماً وكلاهما عندنا غير جائز، لا بعوض ولا بغير عوض (٣).

فهذه تدلّ على إجماعنا على ذلك، وقد عرفت ان لانهي في قوله: ولا سبق. وقال أيضاً: ولا يجوز المسابقة على المصارعة لا بعوض ولا بغير عوض عند علمائنا اجمع، لعدم التهي (٤) إلا في الثلاثة الخف والحافر والنصل الخ. وقد عرفت عدم التهي عنها، بل جوازها، نعم لو ثبت الإجماع ثبت التحريم.

(١) الذي ذكره في التذكرة هكذا: قد سنا أنه لا يجوز المسابقة على الأقدام والسباحة على السباحة أولى بالسبح وبه قال الشعبي، ولم قول آخر تجوز السباحة على الأقدام في جواز السباحة على السباحة عن هذا بقول وجهان عنهما فالعرق أن المأثور في السباحة والأرض لا تؤثر في السبح والمشهور عندهم المنع واعلم أن لمسابقة الخ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب او بدل الواو كما في التذكرة أيضاً.

(٣) انتهى كلام التذكرة: ج ٢ ص ٣٥٤.

(٤) في التذكرة: لمسم نيه صلى الله عليه وآله.

وقال أيضاً: لا يجوز المسابقة على رمي الحجارة باليد والمقلع والمجنق، سواء كان بعوض أو بغير عوض عند علمائنا الخ (١).

وقال لا يجوز المسابقة على اشارة الحجر باليد الى قوله واقام مرامات (مداخاة - تذكرة) الحجر وهو ان يرمي كل واحد الحجر الى صاحبه فلا يجوز عندنا، كما لا يجوز ان يرمي (يرامي - خ) كل واحد السهم الى الآخر، وكذا لا يجوز ان يسابق على ان يد حرج (يدحوه - تذكرة) حجراً او (و- خ) يدفعه من مكان الى مكان ليعرف به الاشد بعوض ولا بغير عوض، لأنه لا يقاتل بها وقال أيضاً: لا يجوز المسابقة على الطيور من الحمامات وغيرها بالعوض، عند علمائنا، وهو اصح قولي الشافعية - في قوله - قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: فأما المسابقة بالطيور فان كان بغير عوض، جاز عندهم (يعني العامة) وان كان بعوض فعلى قولين، وعندنا لا يجوز للخبر (٢)، وهذا يقتضي المنع من المسابقة عليها بغير عوض، مع ان المشهور عندنا انه يجوز اتحاذ الحمام للانس وانفاذ الكتب ويكره للتفرج والتطير، ولا خلاف في تحريم الرهانة عليها (٣).

وانت تعلم ان لامسافة بين جواز اتحاذه للانس وانفاذ الكتب وبين عدم جواز المسابقة بغير عوض.

وقال ايضاً: لا يجوز المسابقة على المراكب والسفن والطيارات والزمارات (٤) عند علمائنا.

(١) دل في التذكرة (بعد ذلك): لان ذلك ليس من آلات الحرب، ولشعر الذل على مع من مسابقة في غير الثلاثة الخ.

(٢) يحتمل ان يكون اشارة الى الرواية الثالثة من الباب ٣ من كتاب السبق و برمانة مراجع ج ٣ ص ٣٤٩.

(٣) انتهى كلام التذكرة.

(٤) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها الزنارات ويحتمل ان يكون الريايق كما ذكره في المبسوط

فان اكتفينا بالايجاب فهو جائز، وآلا فلازم.

وقال ايضاً: ولا يجوز المسابقة على ماطحة العم (١)، وممارسة لذيت بعوض ولا بعير عوض، وبه قال الشافعي، وكذا لا يجوز المسابقة على ما لا ينتفع في الحرب، كاللعب بلشطرنج، والرد، والخاتم، والصولحان، ورمي البنادق، والخلاهق، والوقوف على رجل واحدة، ومعرفة ما في اليد من الفرد والزوج، وسائر الملاعب، ولا اللبث في الماء، وحوزه بعض الشافعية، وليس بجيد.

وبالجملة أنه يفهم من التذكرة النهي عن جميع ما يمكن ان يسابق عليه بعوض وغير عوض، إلا الطائر، فانه حرام بعوض فقط، وغير الثلاثة، ون شئت ستثبت ما للحرب، فكل ما لم يكن له دخل في الحرب فهو حرام، وهذا سئل على تحريم جميع الامور المذكورة بأنه ليس للحرب.

وقال في القواعد: وأنها يصح على ما هو علة للقتال الخ على أن للبعض مدخلاً عظيماً في الحرب، فالمدار على النص، وقد عرفت أنه ايضاً غير صريح في النهي، والاصل دليل قوي، فما لم يوجد دليل لقوى منه لا يخرج عنه، ولا اعتماد على لاجماع الذي ادعاه في الاكثر مشكل، ولهذا وقع الخلاف عندنا.

وتنظر في القواعد في الطير، والأقدام، والتفنن، والمصارعة، ورفع الاحجار مع الخلوعن العوض، فلا يعتمد على مثل هذه الاجامعات فتأمل.

قوله: فان اكتفينا الخ. يعني ان قلنا ان المسابقة لا تحتاج الى القبول اللعطي المقارن للايجاب، على الوجه المتعارف عندهم، وآلا فالقبول بمعنى ما يدل على رضا الآخر. لا بد منه ليتحقق المسابقة وأشار اليه في التذكرة: يكون (٢) حينئذ من العقود الجائزة، فلا يلزم بمجرد الايجاب والرضا، فيكون مثل الحعاية قبل

(١) في التذكرة ولا يجوز المسابقة على معانعة الغم ومهارة الديكة الخ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، فيكون.

العمل.

نعم يلزم السبق بعد العمل الموجب لذلك ، كما في الجمالة
وجهه الاصل عدم اللزوم، وعدم تحقق دخولها حيثئذ تحت العقود، حتى
يلزم بمثل اوفوا بالعقود (١) اد لا يقال العقد الا على الايجاب والقبول معاً، فتأمل
فيه.

وأما الاكتفاء به على الوجه الذي قلنا، فالظاهر القول به والسرور بعد
العمل، اذ الاصل الجواز وللانسان ان يفعل في نفسه وماله مما يريد، الا ما ثبت
تحريمه، ولصدق السبق الموجود في المستند (٢)، ولقوله صلى الله عليه وآله: المسلمون
عند شروطهم (٣) ونحو ذلك بل يمكن صدق العقد ايضاً.

ولكن ما قلنا باللزوم، للاصل وعدم التحقق، ولاحتمال ان يكون معنى
(اوفوا)، ايجاب الايفاء بمقتضى العقد ان كان جائزاً فحائز وان كان واجباً
فواجب، وان كان هذا لا يخلو من تأمل، فتأمل فيه.

وأما ان لم يكتف بالايجاب، بل يشترط القبول فهو لازم، لأن الظاهر انه
عقد، اذ هو مركب منها على ما هو المقرر.

وفيه منع، فانه قد يكون كالجمالة، ولما مر، وبالجملة مع الاكتفاء غير
معقول ان يكون عقداً لازماً، ومع عدمه يكون كذلك لدخوله تحت العقود، والاصل
فيه اللزوم، لأوفوا، ونحوه، وان منع اللزوم مع عدم الاكتفاء، فان المضاربة لا بد فيها
من القبول، مع كونها جائزة، وكذا منع لزوم كل عقد كالمضاربة والوديعة والعارية،
ولما تقدم من احتمال ان يكون معناه يجب الايفاء بمقتضى العهد.

(١) المائة ١

(٢) اشارة الى الخبر الدال على الساقطة وقد مر ذكره.

(٣) راجع الوسائل باب ٦ من ابواب الخيارات ج ١٢ ص ٣٥٢.

وتفتقر المسابقة الى تقدير المسافة.

وتقدير العوض، ديناً كان او عيناً، من احدهما او اجنبي.

ويمكن ان يدفع باثنا مانقول انّ اللزوم لازم للايجاب والقبول (لاشتراط لفصول - خ)، وعدم الاكتفاء بالايجاب من حيث هو، بل من حيث انه حينئذ يدخل تحت العقود جزماً، فيلزم لدليل لزومها، فلا يفتر عدم لزوم المصاربة ومع الكمية يضاً غير مناسب، لأنّ ظاهر الامر هو الوجوب واللزوم، وخروج الوديعة والعارية على تقدير كونها عقدين بدليل، لا يفتر كالمصاربة، والمعنى المذكور للآية بعيد، اذ المتبادر انّ العمل بمضمون العقد واجب، فاذا كان مضمون (اسبقك) ان سبقتك آخذ منك السبق، وان سبقتني اعطيك ذلك، يكون العمل به واجباً ولازماً، لأنه العقد لا غير، فتأمل.

قوله: وبفتقر المسابقة الخ. اشارة الى شرائط المسابقة، وهي خمسة (الاول) تعيين المسافة ابتداء وانتهاء أي الموضع الذي يتدثان منه، ولغاية التي ينتهيان اليها.

ودليبه أنه اما وقع هكذا في زمانه صلى الله عليه وآله وأنه لو لم يعين يقع لنزاع، وأنه قد يهلك الدابة. ولعله لا خلاف فيه، بل هو اجماعي، والآ فلا مانع ان يتسابقا حتى يقف احدهما، فيسبق الآخر فتأمل.

وايضاً ظهرهم أنه يشترط كونها متساويين في الموقف، فلو شرط لاحدهما السبق المعين في الجملة لم يجز، صرح به في التذكرة، ودليبه غير واضح، وذكر ن لغرض هو العلم بجودة سير الفرس، وهو لم يحصل، وفيها منع.

(الثاني) تعيين المال الذي يتسابقان عليه جنساً وقدرأ، لأنه عوض عن فعل محتمل، فلا بد من العلم به، كما في الاجارة وغيرها، ولثلا يحصل الحرر والنزاع. والدليل غير واضح، الآ ان يكون اجماعاً، اذ لا مانع ان يقال: من سبق

وتعين مايسابق عليه.

واحتمال السبق.

فله مايعتق زيد او هو او أنا، كما في المهر او فرس او ثوب، ونحو ذلك، فيلزم ماصدق، او العبد الآبق او جره منه، كما في الجعالة، ويجوز كونه عيناً او ديناً. واعلم أن عقد المسابقة لا يلزمه مال، وإنما يلزم التعيين لشرط، ولا فرق في ذلك المال بين كونه من احد المتسابقين او من الاجنبي.

(الثالث) تعيين مايسابق عليه - من الثواب المذكورة التي يجوز المسابقة عليها - بالمشاهدة، لأن المقصود من المسابقة امتحان الفرس لتعرف شدة سيرها وتضمير الخيل (١) وتمرينها (تسربها - خ) على العدو، وكل واحد يقتضي وجوب التعيين، فإن حضرت الافراس مثلاً، وعقد العقد على اعيانها، جاز اجماعاً، وإن لم تحضر ووصفت وعقد العقد على الوصف، ثم حضرت، فالاقرب المنع، لأن المعول في المسابقة على اعيان الخيل فلا يكفي الوصف، وهو احد وجهي الشافعية والثاني الجواز لأن الوصف والاحضار بعده يقومان مقام التعيين في العقد في السلم، وفي عقود الربا، فكذا هنا، والفرق ظاهر، لأن في المسابقة الغرض متعلق بالشخص، وفي السلم وغيره بالكلية، فافترقا، هكذا في التذكرة (٢).

وهو غير واضح وعموم الادلة يقتضي الجواز مع الوصف، اذ لا مانع أصلاً، والفرق الذي ادعى ظهوره هو محل النزاع فالظاهر عنده.

(الرابع) احتمال مايسابق عليه للسبق، بمعنى أنه يحتمل عند العقد أن يسبق كل واحد صاحبه، ولا يكون سبق احدهما بعينه يقيناً، ولا يشترط تساوي الاحتمالين، بل لو كان احدهما ضعيفاً والآخر قوياً لا يضر، ما لم يعلم ويتعين

(١) في التذكرة. تضمير الخيل.

(٢) راجع التذكرة ج ٢ ص ٣٥٥.

وجعل العوض لهما، أو للمحلّل، أو الاجنبي، (لا جنبي - خ ل)
على اشكال.

سبق احدهما، وكذا هذا شرط في فرس المحلّل ايضاً (١).
ووجهه ظاهر، فان الغرض العلم بالسابق، فاذا كان قبله حاصلاً فلا معنى
لتحصيله، لانه تحصيل الحاصل، فهو لهو وعيث.
(الخامس) جعل المال، سواء كان من المتسابقين او من احدهما فقط،
بمعنى انه ان سبق ما يعطي شيئاً، ولا يأخذ، بل يحفظ ماله عن ان يأخذه احد، او من
اجنبي، إماماً كان، او غيره، لاحدهما او المحلّل.
والظاهر ان لاختلاف فيها (٢) عند الاصحاب، وقد استشكل لمصنف في
جواز كونه للاجنبي، وعموم الادلة من غير مانع ظاهر، لاشراً ولا عقلاً. يقتضي
الجواز، والمال ليس بشرط في عقد المسابقة، فشرط مال لغير السابق ليس بأدنى من
عدم مال، مثل ان يقول: ان سبقت انت ما اعطيتك شيئاً، وان سبقت انا فاعط
درهماً لزيد، وغير ذلك، ولان تحصيل غرض (الغير - خ) يكون مقصوداً للعقلاء،
للشباب وغيره.

اعلم ان قول المصنف: (وجعل العوض - الى قوله - : على اشكال) لا يخلو
من شيء، فتأمل.
وزاد في التذكرة حصة اخرى (٣).

- ١- عدم تضمّن العقد شرطاً فاسداً، وهو ظاهر، فترك للظهور.
- ٢- ان يجعّل المسافة بحيث يتحمّل الفرسان قطعها، ولا ينقطعان دونها، وهو
ظاهر أيضاً.

(١) انتهى مفاد ما في التذكرة مراجع.

(٢) يعنى من المتسابقين او من احدهما.

(٣) حيث حلّ الشرائط اثنا عشر شرطاً مراجع ج ٢ ص ٣٥٤.

٣- ان يستقيا الداتين (١) بالركوب. كآته المعروض، ولهذا ترك، ودليله ايضاً واضح، ألا ان يكون اجماعاً.

٤- ارسال الداتين دفعة، هذا ايضاً علم من شرط تعيين المسافة مع المساواة في الابتداء.

٥- تساوى الداتين في الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال، ولا بين الابل والفيلة (٢) ولا بين الابل والخيل، وهو احد وجهي الشافعية، لأنه مناف لغرض من استعمال قوة الفرس، وتمرنها على السباق مع جنسها، والأقرب عدم اشتراط تساويها صنفاً، فيجوز المسابقة في الخيل بين العربي والبردون، وفي الابل بين البختي والعربي (٣)، لتناول اسم الجنس للصنفين، سوء تباعد الحسنان كالعتيق ولهجين من الخيل والنحيب والبحثي من الابل ام لا، وهو قول اكثر الشافعية وقال بعضهم: اذا تباعد لم يحز، كالجنيين، وهو بعيد (٤).

وجه جواز الصنفين مع التباعد هو عموم الادلة، مع احتمال السبق في الجملة، واصل عدم مانع آخر، وهذا جار في الحسنين ايضاً، ألا ان يكون مجعاً عليه، فتأمل.

وباقى الريادة في الشروط يرجع الى ما ذكرنا في العوض.

وعلم أنه قال في التذكرة: لا يجوز التسابق للنساء لأن الغرض التأهب للقتال ولا قتال عليهن.

وأنه على تقدير اللزوم لا يجوز فسخه إلا بالتقاييل، كما في سائر العقود

(١) في التذكرة: على الداتين

(٢) في التذكرة: ولا بين الفيلة.

(٣) في التذكرة: والعراي.

(٤) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٥٦.

والرمي لى عدد (عدده - خ)، وعدد الاصابة، وصفتها.
وقدر المسافة، والعوض، والغرض.
وتماثل جنس الآلة.

اللازمة.

ولا يجوز الريادة في العوض والعمل الآ نفسخ العقد واستئناف عقد آخر،
وأما على تقدير حوازه جازت الريادة والتقصان في المسافة، وفي المال مع الترضي.
قوله: «والرّمي الى عدده الخ» عطف على المسافة، أي يستتر عقد الرمي أيضاً الى
شروط، وهي ايضاً امور عدد ما يرميه كل واحد وعدد الاصابة لتي تحصل به
الغلبة، أي عدد ما يصوب العرض كخمسة من عشرة مثلاً، وكيفية الاصابة من
الخرق وغيره.

ودليله غير واضح، فان الظاهر ان الاصابة معنى واضح، يكفي مجرد الصدق
على أي وجه كان.

قال في التذكرة: لا يشترط الاعلام بصفة الاصابة (الى قوله): واذا
اطلق (١) حمل على البرع (٢) (القرع - خ ل) وهو مجرد الاصابة، لأنه المتعارف، ولأنه
المطلق معاً فيحمل المطلق لفظاً عليه (٣).

نعم ان شرط نوعاً خاصاً من الاصابة يتعين.

وقدر المسافة (٤) التي بين، الرامي والغرض، ويشترط كونها بحيث يمكن
الاصابة فيها وهو ظاهر ومذكور في التذكرة، وتعين الغرض، أي ما يقصد اصابت
أي شيء كان، وتعين العوض، وتماثل جنس الآلة، كنشاب ورمح، ووجهه
ما تقدم فيما يسابق عليه.

(١) في التذكرة واذا اطلقاً.

(٢) برع براءة وراى صحم صحلمه فاق اصحابه في العلم وغيره فهو بارع (مجمع البحرين)

(٣) انتهى كلام التذكرة.

(٤) عطف على قوله: وكيفية الاصابة.

ولا يشترط تعيين القوس ولا السهم.

وأما اتحاد نوع ما يرمى به، فالظاهر أنه لا يشترط عند أصحابنا، قال في التذكرة: أما اختلاف أنواع القسي والسهام، فإنه لا يضر، وذلك كالقسي العربية مع الفارسية والدودائية مع الهندية، وكذلك النبل، وهو ما يرمى عن القوس العربية مع النشاب وهو ما يرمى به عن القوس الفارسية (إلى قوله): لأننا ذكرنا أن اختلاف نوع الأبل والفرس لا يضر، فاختلاف النوع في الآلة أولى، وقال بعض الشافعية: لا يجوز المناضلة على النبل والنباب، لأنها ينزلان منزل الخيل والبغال الح (١).

ويؤيده عموم أدلة جواز هذا العقد، وعدم المانع عقلاً وشرعاً، بل لو لم يكن الإجماع في اشتراط الاتحاد جنساً، لأمكن القول بعدمه أيضاً فإرادته هنا بتماثل جنس الآلة الاتحاد في جنس الآلة، مثل الرمح والنباب لا غير.

قوله: ولا يشترط تعيين القوس الخ. أي لا يشترط في صحة هذا العقد تعيين الآلة بالشخص بالمشاهدة، كما يشترط فيما يسبق عليه، مثل هذا لقوس، فلا يشترط أن يقال هذا القوس أو هذا النشاب، بل بالجنس والوصف أيضاً، بأن يقال بالنشاب العربي والقوس العربي أو المعجمي وغير ذلك، للأصل، وعموم الأدلة، ولأن الاختلاف بالنوع يجوز، ولأن التحويل على الرامي في الرمي، ولا عمل للآلة، فتأمل.

ولكن لا شك أنه لو شرط نوع الآلة، أو عيها، تعيين، لدليل الشرط، ولا يجوز العدول إلا برضا صاحبه، فلو شرط الرمي عن القوس العربي لا يجوز العدول إلى المعجمي، إلا أن يتحققا على العدول، صرح به في التذكرة.

هذا باعتبار العدول إلى الأجود، وجوز في التذكرة العدول إلى الأضعف والأردى، مثل أن شرط العربية، فعُدل إلى الفارسية، وقال: هو أحد وجهي

ولا المبادرة (ولا - خ) المحاطة.

ولا تساوي الموقف.

الشافعية، والأظهر عندهم المنع هنا أيضاً إلا بالرضا، كأنه الأظهر للشرط. ثم قال: ولا يتعين السهم والقوس بالشخص، وإن عتياه بالشرط، فلو عتيت شخصاً من نوعي القسي أو السهام لم يتعين، وجاز إبداله بمثله من ذلك النوع فيه، سواء تجدد فيه خلل يمنع من استعماله أو لم يتجدد. إلى قوله. وهو أظهر قولي الشافعية والثاني أنه يصح شرط، لا مكان تعلق الغرض بذلك المعين، وتفاوت القوس الشديدة والليينة، قريب من تفاوت القوس العربية والمجمية (١) كأنه الأظهر للشرط، فتأمل.

قوله: ولا المبادرة ولا المحاطة. المبادرة أن يبادر أحدهما إلى إصابة عدد معين من مجموع الرشق مع التساوي في العدد، مثل عشرة من مائة، فتى واحد أحدهما عدد الإصابة المشرط من عدد معين. مثل عشرة من خمسين، وما حصل من الآخر، ذلك العدد من الإصابة، مثل أن أصاب تسعة من خمسين. فقد نفل الأول، واستحق المال، وليس بلزم أن يشترط ذلك.

ولا المحاطة، وهو إسقاط ما أصاب واحد بآخر، إلى أن يتم الرشق، فكل من يكون عدد إصابته فاصلاً على الآخر بواحد، يكون هو فاضلاً.

ولكن يحمل المطلق من عبر قيد على المحاطة، لأنه المتبادر فتأمل وكل ما ذكر وقيد يعمل به من المبادرة والمحاطة وغيرها.

دليل عدم الشرط واتباع الشرط مع الذكر هو عموم الأدلة، ولاصل،

ودليل لشرط.

قوله: ولا تساوي الموقف. أي لا يشترط أن يذكر أو يشترط التساوي في

وكما يصح الرهن على الاصابة، يصح على التباعد.
وان يبذل العوض أجني، او من بيت المال.

الموقف، فيجوز أن يشترط كون أحدهما أقرب الى الغرض من الآخر، للأصل،
وصوم الادلة، مع عدم المانع عقلاً وشرعاً، ولأن الغرض اظهار الغلبة، وقد يحصل
بالتأخر.

نعم مع عدم الاشتراط لابتدئ من التساوي، وهذا مؤيد لما قلناه من احتمال
عدم اشتراط التساوي في الموقف في السابقة أيضاً، فتذكر، وقد اشترط هناك
التساوي في الموقف، فيبطل مع الشرط التأخر.

وشرط في التذكرة أيضاً تعيين المرامين وهو ظاهر، لآنها المتعاقدان، ولأن
الغرض ما يحصل بدونه، ولما ذكر في الركوب، فإنها بمنزلة الركوب
في المسابقة، فتأمل.

وايضاً ذكر اشتراط ذكر من يستدي، ومع الاهمال يحتمل البطالان،
والقرعة، لأن الابتداء غرض مهم عند المرامين، (المرامين - خ) فان الغرض يكون
حالياً، والنفس مستقرة يكون أدخل للاصابة.

وذلك غير واضح، فيحتمل الصحة مع الاهمال، والعمل بالقرعة ان تشاء.
قوله: وكما يصح الرهن الخ. أي كما يصح الرهانة وشرط اخذ مال على
اصابة الغرض مع الشرائط المتعلقة، يجوز على التباعد بان يرمي من موضع معين الى
صوب معين بان من يبعد سهمه عن الآخر فله كذا وكذا من المال، ودليل حوازه
صوم الادلة، وكأنه يجمع عليه أيضاً.

قوله: وان يبذل العوض الخ. أي يجوز ان يكون الباذل لمال عقد السبق
مطلقاً اجني، أي من لا يسبق ولا يرم، لأن فيه مصلحة المسممين وتقويهم
(يقويهم - خ) للقتل والقتال (القتال - خ) مثل الامام ونائبه، ويجوز ان يبذل
العوض من بيت المال، لانه من المصالح، لانه يحصل به معرفة القتل والقتال

وجعله للسابق او للمحفل.

ولو جعل للسابق من خمسة فتساووا، فلا شيء. ولو سبق واحد او اثنان فلهما اوله.

والملكة، وهو اهم المصالح، ولا شك في جوازه من المتسابقين واحدهما عندنا، وقد اشرنا اليه فيما تقدم.

قوله: وجعله للسابق الخ. أي يجوز جعل العوض لمن غلب وسبق صاحبه، سواء كان العوض من الاجنبي او من بيت المال او الرفيق ايضاً او للمحفل وهو الذي ان سبق اخذ وان لم يسبق لم يغرر.

قوله: ولو جعل للسابق الخ. أي لو قيل هذا المال للسابق من اشخاص خمسة مثلاً، فتساووا أي ماسبق احدهم، بل صار الكل متساوياً، فلا شيء حينئذ لاحدهم، ولو سبق واحد او اثنان او ثلاثة بل اربعة، فالسبق المعين لمن سبق، واحداً كان او اكثر بالتوية والسبق من بيت المال او الاجنبي او من المتسابقين.

وفي استحقاق المتعدد خصوصاً ثلاثة او اربعة تأمل، لأن المتبادر من قوله: (هذا لمن سبق منكم، مثلاً) هو الواحد عرفاً، وان كان لعة يصح اطلاقه على كثر، ولأن الغرض حصول عمل يستحق بذلك، وهو هنا سبقه على الكل، لاسبق الكل على الواحد، فان كان هنا قرينة معلومة يرجع اليها، والآ يعمل بمقتضى العرف ان كان، والآ فالغة، فتأمل.

قال في التذكرة: ولو قال: كل من سبق فله دينار، فسبق ثلاثة فالاقرب ان لكل واحد ديناراً، ويحتمل في قوله من سبق فله دينار ذلك، ايضاً حتى لو سبق ثلاثة استحق كل واحد ديناراً (١).

فقوله: (فالاقرب) يحتمل ان يكون اشارة الى كون الدينار الواحد للمتسابقين،

وجعل السبق للمسبق وان تعدد، وجعل المصلي لمن يصلي
(صلى - خ ل) وان تكثر، ولا شيء للأخير.

ويحتمل ان يكون اشارة الى عدم استحقاق شيء مع التعدد اصلاً، إلا ان ذلك بدون (الكل) أقوى لتأكيد (كل) لفادة من سبق، وكذا في الثلاثة والاكثر لكثرة التعدد، ولكن ما ذكر ان المخاطبين الذين اشترط لهم كم هم؟ وقد يتفاوت الحكم على الظاهر بكثرتهم وقلتهم، فتأمل.

وفي قوله (١): قلها اوله، لفت ونشر غير مرتب.

قوله: وجعل السبق للمسبق الخ. فيكون السابقون مع تعيين المال متساويين فيه، ومع تعيين شيء على حده يكون ذلك لكل واحد واحد، فيقال: كل من سبق فله هذا او درهم، فع تعدد السابق يقسمون الاول بالتوية، ويأخذ كل واحد درهماً في الثاني.

وكذا يجوز جعل المصل اسم المفعول أي ما يجعل من المال للمصلي اسم فاعل واحداً كان او متكثراً، على الوجه الذي تقدم، ولا شيء للآخرين أي يذئ تأخر عن المصلي، فالسابق يأخذ ماله، وكذا المصلي، وان تعدد فلا شيء لغيره. وجه الكل واضح، وليس فيه شيء إلا ما اشرنا اليه، فتذكر.

لمصلي هو الذي يحادي رأسه صلوي السابق، ولصنوان عظيمان نابتان عن يمين الذنب وشماله، وقيل منه اشتق للصلاة التي هي العبد، لأن المتعد يرفع صلوه في الركوع.

والظاهر ان المراد اقل المرتبة التي يصدق عليه المصلي هو هذا، فلو تعدى عنه فهو ايضاً مصلي، فاخذ المصلي.

كما ان السابق هو الذي (ان - خ) يسبق ويتقدم بالعق والكتد، وقيل

بالاذن، وهو المجلّى والكتد وهو الكاهل، وهو العالي، مايتواصل بالعنق والظهر، وهو من الخيل مكان منام من البقر، وهو مجتمع الكتفين كذا في التذكرة. ومعلوم أنّ المراد هو أقلّ المراتب، فلو سبق بالأكثر هو سابق جزماً.

وقال في شرح الشرايع (١): والمشهور هذا الخبر، وردّه بأنّ الخبر محمول على ضرب المثل، على حدّ قوله صلّى الله عليه وآله: كمفحص قطاة (٢)، المعنى بين الاصحاب وغيره، وتسبب القول بأنّه يكفي السبق بالاذن الى ابن الجنيّد، خبر ابن الجنيّد، قال السبي صلّى الله عليه وآله: بعثت والساعة كفرنسي رهان كاد احدهما ان يسبق الآخر باذنه (٣) ثم استشكل القول به، وقال: للسابق معان كثيرة عند الفقهاء فتارة يعبرونه بالقوائم وأخرى بالعنق وثالثة بالكتد (بالكتف - خ) والرابعة

(١) وحيث إن نقله لصيغة المسالك في عاية الاحال فهذا يقتضي بالمالك، قال (عند قول الماتح السابق هو الذي يتقدم بالمعنى الخ) المشهور بين الاصحاب وميرهم أنّ السابق هو المتقدم بعنق دابته وكتفها بفتح ثاء وكسرهما وهو العالي بين اصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكاهل، وذهب ابن الجنيّد رحمه الله الى الاكتفاء بالاذن بقول النبي صلّى الله عليه وآله بعثت والساعة كفرنسي رهان كاد احدهما ان يسبق الآخر باذنه، واحيب بالخص على التالفة وان ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حدّ قوله صلّى الله عليه وآله: من سبق مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة، مع امتناع بناء مسجد كذلك، وبأنّ احد المرسلين قد يكون هو السابق ويرفع رأسه فيعظم اذن الآخر عليه واعلم ان في كلا القولين لشكاً لأنّ السبق معنى من المعاني يختلف بحسب اللغة والعرف وبه اعتبارات متعددة عند الفقهاء، وغيرهم فتارة يعبرونه بالقوائم وأخرى بالعنق وثالثة برفع الكتد ورابعة بالاذن، فاذا اطلق المتساويان المعد وحملوا العوض للسابق، في حله على بعض هذه معاني دون بعض نظرب في صحة اطلاق العقد كذلك، (ألا ان تلك العرف على ارادة شيء منها فيحمل عليه ولا كلام، انتهى.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، عن أبي حمزة عليه السلام أنّه قال: من سبق مسجداً كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة الخ.

(٣) في كسر الممال. بعثت انا والساعة كهاتين - وأشار بإصبعه والوسطى - كفرنسي رهان استبقا،

فسبق احدهما صاحبه باذنه الخ ج ١٤ ص ٥٤٧ تحت رقم ٣٩٥٧١.

ولو أخرجنا وقالنا من سبق فهما له، وإن سبق أحدهما أو المحلل فهما له، وإن سبقا فلكل ماله، وإن سبق أحدهما والمحلل، فللسابق مال نفسه ونصف الآخر، وللمحلل الباقي.

بالإذن، فإذا أطلق المتسابقان (سبق) (١)، فحملة على بعضها دون بعض نظر، بل في صحة إطلاق العقد كذلك، إلا أن يدلّ القرينة على إرادة شيء من قبيل عليه، ولا كلام فيه (٢).

ويمكن أن يقال كون السبق هذا المعنى عرفياً في هذا المقام، وإن لظاهر أن (أنه - خ) لا خلاف في صدق السابق على السابق بالمعنى المشهور فهو مجمع عليه، ومادونه غير معلوم.

ومثبت العرف ولا اللغة في أن هذا الفرس سابق أو راكبه سابق إذا سبق دون ذلك، مثل الإذن، بل أدنه لا غير.

والأصل عدم السبق وعدم لزوم شيء، وبراءة الذمة، حتى يتحقق، وقد يتحقق بالمشهور لا بدونه، فلا اشكال، وعموم الأدلة يدلّ على صحة العقد، مع عدم تعيين السبق بالمعنى المعين.

وأما ما ذكره في ردّ مذهب ابن الجنيّد فليس ببعيد، إذ غير معلوم كونه صرب مثل، وعلى تقدير كونه فهو سابق فينبغي أن يقال: بعدم صحة الخبر، بل سنه غير واضح، وعلى تقدير التسليم هو لغة سبق في الجملة، ومقتد بالأذن، ولا يلزم من إطلاق السبق بالإذن أنه إذا ذكر السابق في عقد الرهان المقرّر عند العقهاء يكون المراد ذلك، وهو ظاهر، فتأمل.

قوله: ولو أخرجنا وقالنا الخ. أي لو أخرج المتسابقان مالا، وقالنا هذا لمن سبق منا ومن المحلل، فإن سبق أحدهما أو المحلل فلكل له، وإن سبقا فلكل مال

(١) هكذا في جميع النسخ.

(٢) انتهى كلام السالك.

ولو شرطاً المبادرة والرشق عشرين والاصابة خمسة فاصابا خمسة من عشرة، لم يجب الاكمال، ولو اصاب احدهما خمسة منها والآخر اربعة، نضل صاحب الخمسة.

ولو شرطاً المحاطة فاصابا خمسة منها تحاطا، وأكملا، ولو

نفسه، فهو بمنزلة من لم يسبق احدهما اصلاً، وهو ظاهر، وان سبق احدهما والمحلل على الآخر، فليسابق مال نفسه، لأنه ما سبقه أحد حتى يأخذ ماله ونصف (١) مال المسبوق أيضاً، لأنه سبقه مع المحلل، والمال لمن سبق والسابق اثنان، فيقسم بينهما بالتوية، فيكون النصف الآخر للمحلل.

قوله: ولو شرطاً المبادرة الخ. قد عرفت معنى المبادرة، والرشق بالكسر هو عدد الرمي من النشاب، فلو اصاب كل واحد بالخمسة التي كانت صابتها شرطاً من العشرة، فم يغلب احدهما الآخر، ولم يجب اكمال العشرين، اذ لا فائدة بالحصول الا الاتيان بالشرط الموجب للعبة.

أما لو اصاب احدهما خمسة من العشرة والآخر اربعة منها نضل صاحبه وغيبه، فيأخذ العوض، لأنه قد شرط المبادرة، بمعنى (يعني - ح) كل من اصاب خمسة من عدد عشرين، وما اصاب صاحب الخمسة من تلك العدد من العشرين فهو نضل. والظاهر أنه لا يجب حينئذ اكمال العشرين ايضاً للحصول الغلبة، بل الشرط ايضاً.

ونقل في نذكرة عن بعض العامة وجوب الاكمال ليعتفع صاحبه بالعلم (٢) من رامي، ونحو ذلك، وفيه ما تقدم.

قوله: ولو شرطاً المحاطة الخ. أي لو شرط المحاطة في عشرين رشقا واصابة

(١) عطف على قوله قس مرة: مال منه.

(٢) في بعض النسخ: كعلم، وفي بعضها بالتعلم.

اصاب احدهما تسعة منها والآخر خمسة تحاطا، واكملا، ولو بادرا احدهما بعد المحاطة الى اكمال العدد مع انتهاء الرشق، فقد نضل صاحبه، وان كان قبله وطلب المسبوق الاكمال، اجيب مع الفائدة كرجاء الرجحان أو المساواة أو القصور عن العدد، وان لم تكن فائدة لم يجب، كما لو رميا خمسة عشر فاصابها احدهما والآخر خمسة، ويملك العوض بتمام التّضال.

الخمس، فاصاب كل منها خمسة من عشرة تحاطا واكملا، فيجب الاكمال على تقدير وجوب العقد، إلا مع التراضي بالفسخ، لظهور الفائدة، فهو بمنزلة ما لم يصيب شيئاً.

وكذا لو اصاب احدهما تسعة من العشرة والآخر خمسة تحاطا، واكملا العشرين، لاحتمال ان يخطأ صاحب التسعة في كل العشرة الباقية، ويصيب الكل صاحب الخمسة، فيعلم صاحبه.

ولو بادرا احدهما بعد المحاطة الى اكمال عدد الاصابة الذي هو شرط، يعنى اصاب احدهما فقط دون الآخر خمسة، مع انتهاء كل رشق منها، وهو العشرون، فقد نضل صاحبه وهو ظاهر، وان كان اكمال العدد (١) قبل انتهاء رشق صاحبه المسبوق وطلب لنفسه اكمال عدده، يجب اجابته مع الفائدة كرجاء الرجحان، مثل ان يرمى كل واحد عشرة، فيصيب احدهما ستة والآخر واحداً، ويبقى من الرشق عشرة فيصيبها صاحب الواحد، فيكمل له احد عشر، ويخطأها الآخر فيحاطان ستة ستة، فيبقى لصاحب احد عشر خمسة أو المساواة (٢) مثل ان يرمى كل واحد خمسة عشر فيصيب احدهما عشرة والآخر خمسة، فاذا اكمل الرشق اصاب صاحب الخمسة واحداً الآخر، فيحصل لكل منهما عشرة.

(١) في بعض النسخ وان كان اكماله الخمسة الح.

(٢) عطف على قوله: كرجاء الرجحان.

ولو فسد العقد فلا عوض، ولو خرج مستحقاً فعلى باذله المثل
او القيمة.

و القصور عن العدد مثل ان يرمي كل واحد خمسة عشر واصحاب احدهما
عشرة والآخر اثنين ثم يرميان خمسة فيصيب صاحب الاثنين ويخطي صاحب
لعشرة فيقص.

وان لم يكن فائدة لم تجب كما لو رميا خمسة عشر، فاصاب احدهما خمسة
عشر والآخر خمسة، ويمكك العوض بتمام النضال لحصول شرط الملك حينئذ.

قوله: ولو فسد العقد الخ. وجه عدم لزوم العوض المعين الذي شرط، مع
فساد العقد، أن فساد العقد موجب للبطلان، فلا شيء حينئذ.

ويمكن ان يلزم اجرة المثل، سواء قلنا ان العقد لازم كالاجارة او جائز
كالجمالة.

والظاهر ايضاً ان المراد بالاجرة اجرة المثل لمجموع ركض الفرس، لامقدار
السبق فقط، وكذا رمى التهام.

والظاهر ان هذا مع جهل التاضل والسابق لامع العلم.

ولو كان لفساد بسبب كونه مستحقاً للغير، فعلى باذله مثل ذلك ان كان
مثلياً، والا قيمته، فانه رضي بذلك العوض فاذا تعذر يلزم العوض.

ويمكن حينئذ ايضاً اجرة المثل للفساد، وهو الحكم في غير المسابقة مع
عصية العوض، ويحتمل اقل الامرين من العوض بالمثل او القيمة، ومن اجرة
لمثل، لانه قد رضي بالعوض المعين فمع التعذر تعين عوضه ولم يكن له
الزيادة، فانه اسقطها باختياره وعلمه، ومع كون الاجرة اكثر.

ويمكن ان يقال: الاصل عدم لزوم شيء، وقد فسد هذا العقد فلا يستحق
اجرة عمله، كما لو فسد (العقد-خ) لغير ذلك.

ويحتمل ان يكون المراد بقوله: (ولو خرج مستحقاً) أنه ما فسد العقد

مخروجه مستحقاً، بان كان العوض في النقة، فدفعه وخرج المدفوع مستحقاً،
وحينئذ يصح العقد ويلزم مثل مادفع او قيمته اعنى ماذمته، فتأمل.
ثم اعلم انه على تقدير كونه جائزاً كالجعالة يقوى عدم لزوم شيء في
صورة الفساد مطلقاً، لعدم الدليل.

ويؤيده ما قال في التذكرة: اذا وقع عقد المناضلة والمساابقة في الصصة ودفع
المال في مرض الموت، فهو من رأس المال ان جعلناه اجارة، وان جعلناه جعالة فهو
من المتبرعات التي يخرج من الثلث، وللشافعية وجهان، ولو وقع العقد في المرض
احتمل احتسابه من الثلث، والتفصيل، فان جعلناه جعالة فكذلك، والآفن
الأصل (١).

والتأييد ظاهر، ولكن في كلام التذكرة نظراً، لأن جعل اذا كان غير زائد
عن اجرة المثل، فيسبغى خروجه عن الاصل، سواء كان لازماً او جائزاً، واجرة
الاجارة، ان كانت زائدة فالزائد من الثلث والباقي من الاصل، ولا دخل للزوم
وعلمه في ذلك.

وبالجعالة المال اذا كان سبب لزومه قبل المرض فهو من الاصل، سواء دفع
في المرض ام لا، وان العقد اذا كان باجرة المثل، كان الجعل من الاصل، والآفن
فالزائد من الثلث لازماً كان او جائزاً، فتأمل في كلامها.

«المقصد الخامس في الشركة»
وفيه بحثان الاول الشركة عقد جائز من الطرفين.

«المقصد الخامس في الشركة»
قوله: المقصد الخامس في الشركة وفيه بحثان الخ. قال في التذكرة:
الشركة هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشباع الخ.
فكون الشركة مطلقاً عقداً (١) محل التأمل، فان سببها قد يكون ارثاً، وقد
يكون مزحاً، وقد يكون حيازة، بان يعلما شجرة او يفترا مائة دفعة.
نعم قد يكون عقداً، بان اشترى بعض حيوان ببعض حيوان آخر فصارا
كلاهما مشتركين، وهما شريكان، وليس في شيء منها الشركة التي هي عقد.
ففي كونهما عقداً مباحة، وهو ظاهر، فان الشركة هي الاجتماع المتقدم،
فلا معنى لكونها عقداً وجائزاً.

نعم البقاء على حكمه أمر جائز، بمعنى انه لا يجب الصبر على الشركة، بل
يجوز دفعها، وابقائها، فكأنه يريد بالعقد معنى آخر للشركة غير ما تقدم، كما سيجي
ذلك، وبالحائز انه اذا اذن للتجارة وغيرها لا يلزم ذلك، بل يجوز منعه بعد وطلب

(١) كما حرقه قلنس سره في المتن.

القسمه.

قال في التذكرة: الشركة جائزة بالنص والاجماع، أما النص فالكتاب والسنّة، أما الكتاب فقولہ تعالیٰ: وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ الْآيَةُ (١) حذف الغنيمه اليهم، وجعل الخمس مشتركاً بين الاصناف المذكورين، وقوله تعالیٰ: فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرًا مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ (٢) وأما التثنية فمقل الروايات من العامة - لي قوله - ومن طريق الخاصة مارواه هشام بن سالم (في الصحيح) عن الصادق عليه الصوة والسلام، قال: سألته عن الرجل يشارك الرجل في السعة؟ قال: ان ربح فله، وان وضع فعليه (٣).

وعن الحسين بن المختار أنه سأل الصادق عليه السلام، عن الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه (و-خ) قد اختان منه شيئاً أنه ان يأخذ منه مثل الذي أخذ من غير ان يبين ذلك (له - ثل يـ)؟ فقال: شوه (٤) لهما، اشتركا بإمانة الله واني لاحب له ان رأى شيئاً من ذلك ان يستر عليه، وما احب له ان يأخذ منه شيئاً بغير علمه (٥).

والاخبار في ذلك كثيرة من طرق العامة (٦) ومن طرق الخاصة، وما

(١) الاموال: ٤٠.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الشركة الرواية ١ ج ١٣ ص ١٧٤ وفي تهذيب يشاركه الرجل بدل

يشارك الرجل.

(٤) معنى التكبر والتضيق كما في الوابي.

(٥) الوسائل قلاب * من أبواب الشركة الرواية ١ ورواها في التهذيب في باب لشركة وانصارية تحت

رقم ٣٥ ج ٧ ص ١٩٢. ومثل الرواية أيضاً في آخر هذا الباب هكذا. وفي لاحب له ان رأى منه شيئاً من ذلك ان يستر عليه.

(٦) مهملات محمد بن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٦-٢٥٧ وص ٢٨٥.

ولا يصح شرط الاجل، لكن يثمر المنع من التصرف، لا باذن

جديد.

وتحقق بمزج المتساوين، وباستحقاق الاثنين الشيء،
إما بالارث او الحيازة، او بابتلاع جزء من احد المختلفين بجزء من الآخر.
وانما تصح بالأموال، دون الأبدان والوجوه والمفاوضة.

الاجماع، فانه لا خلاف بين المسلمين على الجملة، وان اختلفوا في انواع منها (١).
كانه يريد الاستدلال على حصول حكم الاشتراك، والآ حصولها
ضروري او (و-خ) المعنى العرفي غير المعنى المتقدم، وهو عقد ثمرته جواز تصرف
مالك في ماله ومال غيره، كما سيجيء تحقيقه، فتأمل.

قوله: ولا يصح شرط الاجل الخ. أي لو شرط اجلاً في نوع من الشركة
المختصة بالمعنى في لعقد لم يلزم ذلك الاجل، بمعنى أنه لم تنته بانتهاه الاجل، بل
هي حاصلة بعده ايضاً، ما لم تحصل القسمة.

لكن ثمرة شرط الاجل المنع للشريك من التصرف في المشترك حتى يحصل
اذن جديد، فلو مزجا ماله، وقال احدهما للآخر تصرف بالبيع ونحوه، ونحو نكون
شركاء الى سنة، فالشركة بعد السنة باقية، ولم يجز لاحدهما التصرف، الا (الى-خ)
ان يعلم اذنه، فتأمل.

قوله: وتتحقق بمزج المتساوين الخ. وقد مر تحقيقه.

قوله: وانما تصح بالأموال الخ. قال في التذكرة: الشركة على اربعة
انواع، شركة العنان (من عمن-خ) وهي ان يخرج كل مالاً ومزجاء، ويشترط
(ويشترط-خ) العمل فيه بأبدانها، ونقل الخلاف في سبب التسمية، واشتقاق

الضمان من أين؟ - إلى أن قال - ولذلك وقع الاجماع من العلماء على صحتها، واختصوا في غيرها، وأما شركة الأبدان فهي أن يشترك اثنان فصاعداً فيما يكتسبان بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملون في متاعهم فارتزق الله فهو بينهم على لتساوي أو التفاوت (١).

والظاهر أن هذه الشركة أعم من ذلك فإنها تعم شركة الصناع في متاعه وغيره.

وشركة المفاوضة هي (فهي - خ) أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلزمان (٢) من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر، من ارش جناية أو فصب أو قيمة متلف وغرامة لضمان أو كفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من ركايز أو لقطة أو يكتسبه من (في - خ) تجارة بما له المختص به، قال صاحب اصلاح المنطق (٣): شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه، بينهما، وشركة الوجوه قد فترت بمعان، شهرها أن يشترك اثنان وجهان عند الناس لا مال لهما، لبيتاعا في النعمة إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبيعه ويؤديا الاثمان، فما فصل فهو بينهما وقيل أن يبتاع وجه في النعمة ويفتقضي يبعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما، وقيل أن يشترك وجه لآمال له وخامل ذومال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل،

(١) قال في التذكرة: الشركة على أربعة أنواع، شركة العنان وشركة الأبدان وشركة المعاوضة وشركة الوجوه الصحيح ٢ ص ٢١٩.

(٢) في التذكرة: ولتزمان.

(٣) لآمام اللغة والنحو أبي يوسف يعقوب بن إسحاق بن سكين، الشهيد سنة ٢٤٣ قنته لتوكل في يوم الاثنين الخامس خلوه من رجب ويحمل أن يكون المؤلف هو أبو حنيفة أحمد بن داود الدينوري المتوفى سنة ٢٩٠ هو تلميذ ابن السكيت (الفريفة ج ٢ ص ١٧٣ تحت رقم ٦٢٨).

ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه، والريح بينهما، وقيل ان يبيع الوجيه مال الحامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له.. ثم قال..: لا يصح شيء من انواع الشركة سوى شركة العنان، وقد يتنا ان شركة العنان جائزة، وعليه اجماع العلماء في جميع الاعصار، واما شركة الابدان فعندنا انها باطلة سواء اتفق عملها او اختلف، بان يكون كل واحد منها خياطاً، ويشتركان في عمل الخياطة، او يكون احدهما خياطاً والآخر بتجاراً، او يعمل كل واحد منها في صنعة ويكون الحاصل بينهما، وسواء كانت الصنعة البدنية في مال مملوك، او في تحصيل مال مباح كالاصطيد والاحتطاب والاحتشاش (١).

ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع، فان كان فهو، ولا فلا مانع، فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال في البعض الآخر وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض، ولا مانع منه في العقل والشرع، ولهذا يجوز بعض اقسامها بعض العامة، ونقل ان مذهب الشافعي كمذهب الاصحاب ثم قال: وشركة المفاوضة عندنا باطلة، وليس لها اصل، وبه قال الشافعي ومالك، ثم قال: وشركة الوحوة عندنا باطلة، وبه قال الشافعي ومالك (٢).

والبحث فيها مثل ما تقدم، فتأمل.

ثم قال: اركان الشركة ثلاثة الاول المتعاقدان ويشترط في كل منها النوع والرشد والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرف، والضابط (الضابطة - خ) اهلية التوكيل والتوكّل، لأن كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال، اما فيما يخصه فيحق الملك، واما في مال غيره فيحق الاذن من ذلك الغير، فهو وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه بالتصرف في ماله.

فلا يصح وكالة الصبي، لعدم اعتبار عبارته في نظر الشرع، ولا المحنون لذلك، ولا السفیه، ولا المكره، ولا الساهى والغافل والنائم ولا المفلس المحجور عليه، لأنه ممنوع من جهة الشرع من التصرف في امواله.

ولا فرق في ذلك بين ان يأذن من له الولاية عليهم في ذلك اولاً، الآ المفلس، فانه اذا اذن له الحاكم في التوكيل او التوكل جان وكذا السفیه (١).
- الى قوله- الثاني الصیغة، وقد بينا ان الاصل عصمة لاموال على اربابها وحفظها لهم، فلا يصح التصرف فيها الا باذنه، وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه فاشترط اللفظ الدال على الاذن في التصرف والتجارة، فاذا (فان-خ) اذن كل واحد منها لصاحبه صريحاً، فلا خلاف في صحته، ولو قال كل منهما: اشرك، واقتصر عليه مع قصد هما الشركة بذلك، فالاقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف به من الجانبين لعهم المقصود عرفاً، وهو اظهر وجهي (قولي-ح) الشافعية، وبه قال ابو حنيفة، والثاني انه لا يكفي لقصور اللفظ عن الاذن.

- الى قوله-: الثالث المال، يشترط في المال المعقود عليه الشركة ان يكون متساوي الجنس، بحيث لو مزج ارتفع الامتياز بينهما، وحصل الاشتباه بينهما، سواء كان المال من الاثمان او العروض، كما لو مزج ذهب بذهب مثله وفضة بمثلها او حطة بمثلها، او دخنا (٢) بمثله الى غير ذلك، مما يرتفع فيه المايز بينهما (٣).

وقد صرح مراراً ان الشركة لا بد لها من عدم امتياز المالكين، سواء كان مثلياً او قيميّاً، وأنه قد تكون اختيارية، وقد لا تكون اختيارية، وادعى اجماع علمائنا على أنها تجري في العروض والاثمان، وانها لا تصح بدون مزج المالكين وقد

(١) راجع ص ٢٢١ من التذكرة ج ٢.

(٢) الحنة دبره تدحس بها البيوت والظاهر انه دحس بالرفع لادخناً بالنصب.

(٣) ص ٢٢١ من التذكرة.

عرفت أيضاً فيما سبق.

وانت تعرف أنّ تلك الشركة ما تحتاج الى عقد ولا عاقد، ولعلّ مراده غير تلك الشركة، بل هي باعتبار الاحكام المترتبة عليها من جواز التصرف و لتجارة وحصول الربح وغيرها.

وقال ايضاً فيها المقصود في هذا المقصد، البحث عن الشركة الاختيارية المتعلقة بالتجارة وتحصيل الربح والفائدة، فيمكن ان يؤخذ تعريفاً آخر للشركة، ويكون هذه الازكان والأحكام لها دون ما عرفها بالتعريف المشهور.

فكأنّ المراد بها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك في مال نفسه (١) وغيره، وحينئذٍ يحتاج الى عقد، وهو لفظ، بل أمر دالّ على الاذن في ذلك باي وجه كان، بحيث لا يحتمل غيره مجازاً او حقيقة، ولا يحتاج الى قبول لفظي والمقارنة كما في سائر العقود، لأنّه توكيل وادب في التصرف، ففي عتده من العقود تسامح. وأما اعتبار ما اعتبره في التذكرة في المتعاقدين، كما نقلنا عنه آنفاً فحيث، ألاّ ته قال: (لان كل واحد منهما متصرف الح) وذلك غير معتبر في الشركة، بل يكفي جواز التصرف من احدهما.

وايضاً قال: ولا فرق في ذلك بين ان يأذن له من له الولاية عليهم في ذلك اولاً، ألاّ المفلس، فانه اذا اذن له الحاكم في التوكيل والتوكّل جاز وكذا السفية. وفي السفية اشكال، اذ ليس له اهلية التصرف والمعرفة بالمعاملة وكيفية حفظ مال نفسه، فكيف يسلّطه الحاكم على تصرفه في ماله او تصرفه غيره فيه. ولعلّ نظره الى ان مجرد السفية غير مانع من التصرف، ألاّ مع حجب الحاكم وانّ الحجب على الحاكم مادام سفياً غير واجب، والاّ قلّ مذهبه في السفية العارض

(١) يعني كلّ في مال نفسه.

بعد الرشد، ولكن الثاني بعيد، فإنه الولي كولي الايتام والمجانين، ويعرف انه يصيغ الاموال.

ويحتمل ان يكون مقصوده أنه يصح (يصلح - ح) مجرد عقد لشركة بعبارة لسفيه باذن الحاكم، فإن عبارته معتبرة، إلا ان الحاكم منعه لوجه، فاذا جوز الحاكم اود كلامه مفاده، وصار معتبراً كسائرهم، ككلام غيره، وذا تصرف بنظر الحاكم يجوز تصرفه ايضاً، لأنه علم أنه مع المصلحة، وعبارته لبيع والشراء ايضاً معتبرة، وليس بمسلوب القابلية كالطفل والمجنون، فالنظر والاعتبار في عقد الشركة وما يترتب عليها من التصرف بالحقيقة الى الحاكم، وإنما السفيه هو الآلة ولا فط وقصد، وذلك غير مطلوب منه.

وحينئذ يمكن مثل ذلك في الصبي المميز، خصوصاً صاحب التمييز القوي المراهق.

وايضاً فيما اعتبره (فيما سبق - خ) في الصيغة تأمل، حيث قل: فلا يصح التصرف فيها إلا باذنهم (فيها - خ) وإنما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدان عليه، فاشتراط لفظ الدان على الاذن في التصرف والتجارة، لأن العلم بالاذن والرضا ليس محصوراً في اللفظ، بل يعلم بالاشارة والعمل والكتابة ايضاً، وهو ظاهر. فكأنه يريد اللفظ وما يقوم مقامه من الدلائل، ولهذا اكتفى بـ (اشتركتنا) مع أنه اعم، اذ الشركة تحصل بالاختيار وغيره، ولا يستلزم بمجرد اذن في التصرف، وهو ظاهر.

الآ أنه اكتفى بالقرائن وظهور قصد ذلك، وان لم يكن اللفظ صريحاً في ذلك، فعلم ان المدار على العلم بالرضا والاذن كما في الوكالة.

واعلم ان مرادهم بالشركة حكم الشارع بأن هذا صار شركة بينها لعدم التمييز بين الحقوق، لاصيرورة المال وكل جزء جزء منه كذلك في نفس الامر، فان

العالب من اسبابها هو المزج، وقد صرح في التذكرة فيما سبق، ان ذلك اعم من ان يكون في الاثمان او العروض التي من ذوات الامثال، مثل الخنطة والدخن.

نعم قد يتحقق ذلك في الارث وشراء شيء بالاشتراك ونحو ذلك.

وحينئذ فيما ذكره - في بيان المال الذي يجري في الشركة فيما تقدم في التذكرة - ايضاً تأمل، حيث اشترط تساوي الجنس في المال المشترك أثماً وعروضاً اذ يجري حينئذ بالمعنى المتقدم في غير المتجانسين ايضاً، حيث ارتفع المايز.

ويؤيده ان ليس الا الاشتباه، وهو حاصل (مشترك - خ)، وانه ايضاً قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا في المتجانسين ايضاً، وهو واضح.

وايضاً لاشك في تحقق الاذن في التصرف على وجه الشركة بالشراء بالعين المماثل وغيره، فيحصل فائدة الشركة، بل يحصل ذلك مع الامتياز ايضاً، الا أنه (ان - خ) يكون الشركة باعتبار القيمة، فلا مانع منها حينئذ.

ولهذا قال في التذكرة بعد الركن الثالث: المال، وبيان الشركة بعده - على ما نقلناه - تذييل (١)، اذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة، وكان المال بينهما، فان علمت قيمة كل واحد منهما، كان لرجوع الى نسبة تلك القيمة، والا تساويا، عملاً باضالة التساوي الخ (٢).

يعلم ان عقد الشركة والشركة بالمعنى الاول يتحقق في غير المتجانسين من لعروض غير ذات الامثال، بل تكون قيميات ومختلفات، فيمكن ان يحصل ربح، كما في غيرها بان يأذن احدهما لصاحبه في التجارة بها فاتجر وحصل الربح، كما صرح في التذييل، الا ان في الحكم - مع عدم العلم بالقيمة بالتساوي للاصل -

(١) في التذكرة قال: مسألة اذا اشتركا الخ.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٢٢ (كتاب الشركة).

والربح والخسران على قدر رأس المالين (المال - خ) مالم يشترط الضد، على رأى.

محل التأمل، بل ينبغي هنا الصلح والتراضي فان مساواة الاعراض بحسب القيمة مع تحالف الجنس نادر، والاصل لا يقتضي ذلك.

نعم مع التشاخ وعدم الرضا بالصلح بوجه، لاخلاص سوى ما ذكره المصنف رحمه الله فيقسمان جميع المال متساوية مع عدم العلم بالتفاوت اصلاً، ومعه ومع الاشتباه يمكن القرعة.

واعلم ايضاً أنه كان ينبغي ان يعرفوا رحمهم الله الشركة في هذا المقام بغير التعريف المشهور، لأنّ عرضهم بيان الشركة التي هي مثل العقود، وبترتب عليها الاحكام من ربح ونحوه، ويذكرون أنه عقد جائز، وله اركان، فليس المراد اجتماع حقوق الملاك في مال واحد، لما بيننا، بل التي يحصل معها لتصرف في المال المشترك، ومع ذلك لم يعرفوها هذا التعريف، بل عرفوها في هذا المقام بالتعريف الاول في كثير من الكتب مثل الشرايع والتذكرة، وكأنهم بنوا كلامهم على ان المقصود واضح، وهوان الشركة الحقيقية هو الاجتماع، وانما لاحكام فترتب (فيترتب - خ) بالاذن في التصرف في المال المشترك وذلك عقد جائز وله اركان ثلاثة.

قوله: والربح والخسران على قدر رأس المالين الخ. يعني اطلاق عقد الشركة يقتضي قسمة الربح نسبة رأس المالين، مع تساوي العاملين، بل مع تفاوت العمل ايضاً، فيكون صاحب زيادة العمل مسرعاً بها، ويحتمل احره المثل لزيادة عمله، ولاصل ينبغيها، فع تساوي المالين الربح يكون متساوياً بينها مطلقاً مع الاطلاق والربح والخسران على الضعف لو كان المالان كذلك، فلصاحب ضعف ضعف الربح والخسران، لأنّ الربح كالجزء من الاصل فيكون حكمه حكم الاصل، والخسران نقص (١) من جزء رأس المال، فاذا كان مشتركاً على الضعف،

(١) في النسخة المطبوعة نقص جزء من رأس المال.

لا محالة يكون التالف من صاحب الضعف ضعف التالف من الآخر.

أما لو شرط التفاوت مع تساوي المالكين، فإن كان لصاحب الريادة عمل زائد على عمل الآخر يقابل تلك الزيادة، فالظاهر أن لا خلاف في حواري هذا العقد ولزوم العمل بالشرط، في القسمة، وكذا مع تعاونهما لو كان زيادة لعمل تقابل زيادة المال.

وأما الخلاف فيما شرط زيادة الربح لقاصر العمل أو للمساوي أو للرائد، مع وجود ما يقابلها في المال، وكذا إذا شرط التساوي مع تفاوت المالكين، فنقل عن الشيخ في التذكرة بطلان الشركة ومقتضاها لبطلان شرطها، فإن من شرط صحة العقد عند كون الربح والخسران على قدر المالكين، وهو مذهب الشافعي ومالك، لأنه لو شرط التفاوت في الخسران مع التساوي لم يصح الشركة، بل يكون تفاوت التالف بالنسبة، لا بحسب الشرط، والظاهر للزوم، لا وفاء، والمسلمون عند شروطهم ولأنه شرط ليس فيه خلاف الكتاب والسنة، لأن لصاحب المال أن يفعل به ما يريد، إلا المنع منه شرعاً، وليس هنا منع واضح، فيزوم كسائر الشروط في سائر العقود، ولأن هذا كالمضاربة، فكما يجوز التفاوت فيها مع الشرط، وبدونه محمول على التناصف كذلك هنا، فإن المال لها بمنزلة العمل هناك (١).

وقد يقال كون ذلك شرطاً ممنوعاً، بل هو المتعارف فيه، والقياس على الخسران لو صح فهو قياس، مع أنه فرق بينهما، لأن التالف عن المال المشترك الذي ضعفه لواحد ونصفه لآخر لا يمكن أن يكون منها على التساوي، فالشرط هنا باطل، لأنه بمنزلة أن يشترط كون تلف مال نفسه الخاص من غيره، وذلك مما

(١) هذا منصوص في مقالة في التذكرة راجع ج ٢ ص ٢٢٥ مسألة، إطلاق الشركة يقتضي بسط الربح

والخسران على قدر رؤوس الأموال المحتقنة.

ولا يصح لاحدهما التصرف، الآ باذن شريكه، ويقتصر على المأذون فيضمن لو خالف.

لا يمكن الآ بمعاملة وعقد.

ثم ان ظاهر ما هنا موافق للتذكرة، من قوله: (على قدر رأس المالكين ما لم يشترط الضد)، انه على تقدير شرط الضد رأي خلاف نسبة المالكين - لم يصح، سواء اشترط الزيادة لصاحب زيادة عمل او ناقصة، مع المساواة في المال، او نقصانه فيه ايضاً.

ولكن يشعر بان الخلاف يكون في الجملة، كما يشعر به قول الشيخ ن التسوي. شرط، الآ ان ظاهر التذكرة عدم الخلاف فيما اذا كان لصاحب الزيادة زيادة عمل.

قال في التذكرة: لو اختص احدهما لمزيد (مزيد - خ) عمل وشرط مزيد ربح له صح عندنا.

ويحتمل ان يريد به (عندنا) عند نفسه لا عند الشيخ ايضاً، ويؤيده قوله: وهو ظاهر على اصلنا واصل أبي حنيفة، وللشافعي قولان، فان مذهب الشيخ كان مذهب الشافعي (مذهباً للشافعي - خ) فيحتمل ان يكون للشافعي هنا ايضاً قول موافق للمساواة، لقول الشافعي، ولكن التفاوت موحود، ولهذا كان مذهب الشافعي - فيما اذا لم يكن لصاحب الزيادة عمل - عدم الصحة قولاً واحداً، لان عبارة المصنف توهم انه لو شرط زيادة الخزان على احدهما يكون لارماً ومتبهماً كالربح او جعلهما واحداً، وهو خلاف للظاهر، بل الحق، لما (ما - خ) عرفت، فتأمل.

قوله: ولا يصح لاحدهما التصرف الخ. لما كان المال المشترك تعلق به حق كل من الشريكين، وقد ثبت بالعقل والنقل عدم جواز التصرف في مال الغير الآ باذنه فلا يجوز لاحد الشركاء التصرف في المشترك الآ باذن باقي الشركاء،

وله الرجوع في الاذن، والمطالبة بالقسمة متى شاء.

فان ذد احدهما الآخر (آخر-خ) اختص المأذون بالتصرف، ولا يجوز للأذن التصرف الا باذن المأذون، والاذن توكيل فلا يتعدى، فان كان عاماً يتصرف كذلك، ون كان خاصاً فكذلك.

وأنه تابع لمصلحة، الا ان يصرح فلا يجوز البيع نسيئة، ولا بغير نقد البند ولا يشتري ولا يبيع بالغبن العاشر الذي ليس للوكيل الا مع اذن الشريك، فان خالف لزم في حصته، ويبطل في حصة الشريك، او يكون موقوفاً على تقدير جواز الفضولي، فع البطلان يتخير المشتري مع الجهل، لتبعض الصفقة فانه عيب موجب لتخيار عند الاصحاب.

وبالجملة قد صرح في التذكرة مراراً ان اذن الشريك توكيل، فلا يجوز الى غير ما يجوز للوكيل، فلا بد ان يقتصر على ما اذن له فيه.

ولو طلق الاذن وعظمه فله التصرف كيف شاء بحيث لا يخرج عن مقتضاه شرعاً ون عتين جهة فتجاوزها كان ضماناً وأثماً بل خاصاً.

وليس لاحدهما السفر بمال الشركة، فلو اذن في التجارة في البلد فسافر به او اذن به الى جهة وسافر الى اخرى، او تعدى أثم وضمن وبالجملة لا يجوز التجاوز عن الاذن، والتصرف بغيره موجب لهما (اللاثم والصمان-خ ل).

قوله: وله الرجوع في الاذن الخ. لما عرفت ان الشركة عقد جائز، وأنه ليس من العقود اللازمة بالاجماع، قاله في التذكرة (١): فاذا اذن احدهما الآخر في التصرف لا يلزمه المضي في ذلك فيجوز له الرجوع، فله فسخ الشركة والرجوع عن الاذن، ولأنه توكيل وتوكّل، فيجوز الفسخ بالعزل والانعزال، فتسقط الشركة بالمعنى الاول، وتبطل بالمعنى الثاني أي العقد، فيصح العزل والرجوع بقوله: لا تصرف

(١) في بعض النسخ: قال في التذكرة.

وليس له المطالبة بالانضاض.
والشريك امين لا يضمن، بدون التعدي.

وعرلتك، ولا ينعزل العازل الا بعزل صاحبه، ولو عزل نفسه يعزل، ولظاهر انه لا يحتاج حينئذ الى ادن جديد كما مر في الوكيل، فتذكر.
قال في التذكرة: ولو قال احدهما: فسخت الشركة ارفع العقد وانفسخ من تلك الحال وانعزلا جميعاً عن التصرف لارتفاع العقد (١).

وفيه تأمل لأن احدهما تكلم فقط، فقوله: فسخت الشركة، يؤول الى عدم اذنه للآخر بالتصرف وعزله وابطال وكالته لأنه قد مر مراراً أن هذا العقد توكيل واذن (٢) وغاية ما يكون عزلاً لنفسه (٣) ايضاً، فاذا بداله يجوز التصرف، اذا قلنا أن الوكيل لا ينعزل بمجرد عزله، ولا يحتاج الى ادن جديد، لا ان يعلم الآخر الموكل، بل يرضى بعزله، أو يعزله فتأمل.

وكذا تنفسخ موت احدهما (٤) وجنونه واغمائه وحجره، وبالجمة أنه كالنوكيل (كالوكيل - خ) بل توكيل.

قوله: وليس له المطالبة بالخ. ليس لاحد الشركاء مطالبة للشريك بان ينقد المال حتى يقسم، فانه تكليف يحتاج الى دليل، ولا دليل، والاصل براءة الذمة، وهو ظاهر.

قوله: والشريك امين الخ. قال في التذكرة: كل واحد من الشريكين امين يده يد امانة على ماتحت يده، كالمستودع والوكيل، يقبل قوله في الخسران والتلف مع اليقين، كالمستودع اذا ادعى التلف، سواء استند التلف الى سبب ظاهر

(١) راجع التذكرة ج ٢ ص ٢٢٤.

(٢) في النسخ المخطوطة هكذا: أن هذا الحد والادن، توكيل.

(٣) مراده قلنا منزهة ان غاية ما يكون أنه يكون عزلاً لنفسه.

(٤) سيأتي تعرض النس لذلك.

ويقبل قوله في عدمه، وعدم الخيانة ، واختصاص الشراء
واشتراكه، ويبطل الاذن بالجنون والموت.
ولو دفع اليه اثنان دابة وراوية على الشركة لم يصح، والحاصل
للسقاء، وعليه اجرتهما، وقيل يقسم اثنان، ويرجع كل منهم على
صاحبه بثلاث أجرته.

او خفي (١).

فلا يضمن الآ مع الافراط والتفريط كالوكيل وللاصل (٢).
ويقبل قوله في عدم ما يوجب الضمان من التعدي وكذلك في عدم الخيانة
أي اخذ (٣) بعض المال من المال المشترك والتصرف فيه، ونحو ذلك ، ويقبل قوله
ايضاً في عدم الشراء بالمال المشترك بل بما يخصه، وكذا اذا ادعى الشراء بالمشارك .
وقوله : (يبطل الاذن الخ) قد علم.

قوله: ولو دفع إليه اثنان الخ. أي لو اعطى لزيد اثنان احدهما دابة
والآخر راوية . ليستقي زيد عليها بالراوية، فيبيع الماء على الشركة، ويكون الحاصل
بينهم مثلثاً، لم تصح الشركة، لما عرفت ان لا شركة في البدن، بل لابد ان تكون في
المال الممتزج لذي لا امتياز له اصلاً، وحيث لا امتزاج لا شركة، فيكون الحاصل
للسقاء لآته حائز للماء فيملكه، وعليه اجرة الدابة وأجرة الراوية لصاحبها ويحتمل
الاقول من الاجرة والحصة أي ثلث الحاصل، لما مر.
وقيل يقسم الحاصل أثلاثاً، فان كانت اجرة مثلهم متساوية فلا بحث،
وان كانت متفاضلة فيرجع كل واحد منهم على صاحبه بثلاث اجرة مثله.

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٢٥.

(٢) يعني لآته كالوكيل وللاصل، فهو عطف على المعنى.

(٣) هذا يخص المصاف اليه (يعني الخيانة).

ويكره مشاركة الكفار.

مثلاً كان الحاصل ستة دراهم، واقتسموا أثلاثاً صار لكل واحد منهم درهمان، وكان اجرة المثل للسقاء ثلاثة دراهم، ولصاحب الراوية، درهمان، ولصاحب الدابة درهم، فيرجع السقاء بثلاث اجرته على صاحب الراوية، وبثلثها على صاحب الدابة، فصار معه اربعة دراهم، ويرجع صاحب الراوية على كل منهما بثلاثي درهم، فصار معه درهمان وثلاث دراهم، ويرجع صاحب الدابة على كل منهما بثلاث دراهم، فصار معه درهم، فبقي عند كل واحد اجرة مثله، وهي ثلاثة للسقاء واثنان لصاحب الراوية، وواحد لصاحب الدابة، وهي اجرة مثلهم.

قواعدهم تقتضي الاول، والثاني يقتضيه النظر في الجملة، والثالث لا وجه له، الا أن يرجع الى اجرة المثل.

قوله: ويكره مشاركة الكفار. لانه موجب لسلطنته على المسلم، ولانه تستلزم المخالطة، ولانه ظالم، ويكره معاملة الظلمة، ولانه لا بد من الحكم بكونه اميناً، ولا امانة له.

ويحتمل امانته في المعاملة، وقد يكون اميناً حينئذ، ولهذا قال الله تعالى: مَنْ إِنَّ تَأْمَنَهُ بدينار يؤده اليك (١).

وأكثر الوجوه يجري في الفاسق والطالم، خصوصاً الذي لا يجتنب اموال الناس مطلقاً، فتأمل.

وكأن وجه الاحتصاص هو الرواية، مثل صحيحة ابن رثاب (أي علي النخعي) قال: قال ابو عبدالله عليه السلام، لا ينبغي للرجل المسلم ان يشارك النقي، ولا يبضعه بصاعة، ولا يودعه وديعة، ولا يصفاه المودة (٢).

ورواية السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام، ان امير المؤمنين عليه السلام

ولو باعاً سلعة صفقة وقبض أحدهما نصيبه شاركه الآخر.

كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي، إلا أن تكون تجارة حاضرة، لا يغيب عنها المسلم (١).

كأنه استثناء منقطع والمذمى اعم مما في الرواية، فلا يتم، إلا أن يقال: يفهم الباقي بالطريق الأول.

قوله: ولو باعاً سلعة الخ. أي لو باع الشريكان سلعة مشتركة، صغ البيع، وكان الثمن مشتركاً بينهما، فكل ما قبض أحدهما منه كان بينهما، والباقي كذلك، وإن قال أحدهما للآخر: خذ أنت نصيبك منه.

وجهه أن ما في النعم لم يختص بأحدهما، ولا يقبل القسمة مادام كذلك، لعدم تعيين شيء بيقين قبل الأخذ، فلا يختص به، لأنه فرع التعيين.

وكأنه لا خلاف عندهم إلا عن ابن أدریس في أن ما في النعمة مطلقاً لا يقبل القسمة، فكل ما يأخذه أحدهما شاركه الآخر، سواء كان في نعم متعددة أو في دمة واحدة، ولصورة المفروضة واحدة من تلك الصور.

قال في لتذكرة: لا يصح قسمة ما في النعم - إلى قوله: - فلو تقاسما، ثم توى بعض المال، يرجع من توى ماله على من لم يتو، وبه قال ابن سيرين (٢) الخ.

وقال أيضاً فيها: لو كان لرجلين دين بسبب واحد أتما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئاً، فلآخر مشاركته فيه، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل - إلى قوله - ولأن تملك القابض ما قبضه بقتضي قسمة الدين في النعمة من غير رضا الشريك، وهو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ لها، والسياتي بينهما، ولغير القابض الرجوع على القابض

(١) الوصل الباب ٢ من أبواب الشركة الرواية ٢.

(٢) راجع التذكرة: ديل مسألة لو كان لرجلين دين بسبب واحد أتما عقد الخ، ص ٢٢٨.

بنصفه، سواء كان باقياً في يده او اخبره عنها، وله ان يرجع على الغريم، لأن الحق ثابت في ذمته لهما على وجه سوى، فليس له تسليم حق احدهما الى الآخر، فان اخذ من الغريم، لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه ثابت في أحد المحلّين فاذا اختار احدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الغريم، بان يقول: نا اعطيك نصف ما قبضت، بل الخيرة له من ايها شاء قبض، فان قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله، وان هلك المقبوض في يد القابض، تعيّن حقه فيه، ولم يضمه الشريك، لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض، وانما كان لشريكه مشاركته، لشوته في الاصل مشتركاً ولو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برأ، لأنه بمنزلة قبضه منه وليس للشريك (لشريكه - خ) الرجوع عليه بشيء، لأنه لم يقبض شيئاً من حق الشريك (١).

ولا يحق ما في هذا الحكم من الاشكال، لأن الذي قبضه الشريك ان تعين كونه من الدين المشترك، فليس لشريكه الرجوع الى الغريم في حصته منه، وأنه لو تلف في يده يكون التالف منها، لأن الحق المشترك قد تعيّن في المأخوذ، فهو لهما، ولا يجوز حينئذ للشريك التصرف فيه بوجه، إلا ان ياذن شريكه، ولا يجب الاداء على المدين، بل لا يجوز.

وقد ادعى الاحماع على ذلك في شرح الشرايع، وأن هذا التعيين بعير ادنه مشكل، بل مع الاذن وقصد الأخذ قبضه لنفسه لا له ايضاً لأنه ليس بأكثر من الوكيل اذا قصد بالأخذ غير الموكل فيه، ومع قصد الغريم أنه للقابض فقط أشكل، فتأمل.

وان لم يتعين اصلاً، يكون ملك الغريم، ولا يتعين حق (من - ح) القابض

يضاً، وهم لا يقولون به.

وان تعين كون الكلّ حقّه، - كما يدلّ عليه الحكم بأنّه لو تلف في يده تعين حقّه فيه، ولم يضممه الشريك - فلا معنى لرجوع الشريك اليه، وكونه شريكاً وكون الدين غير قابل للقسمة.

وان تعين حصّته فيه مشاعة، فلا معنى لكون التالف كلّه من ماله. وبالجحمة الحكم الذي حكموا في نحو هذه المسألة - من عدم قابلية الدين للقسمة، بمعنى عدم اختصاصه بالقابض، بل اشتراك المقبوض بينهما بالمعنى المتقدم، مع الاحكام التي نقلناها من التذكرة مشكل، لأنّه ما قبض الآ لنفسه مال الغريم بغير اذن الشريك، فتأمل.

على أنّ قوله من غير رضا الشريك يشعر بأنه مع الرضا يصحّ القسمة. وايضاً قوله: فوجب ان يكون المأخوذ لها والباقي بينهما صريح في كونها شريكين في المقبوض، فينبغي ان يكون التالف منهما، ولا يكون للشريك الرجوع الى الغريم.

وايضاً كيف يكون ذلك مع قصد القابض لنفسه وعدم اذن الشريك، ومعه لا ينبغي الرجوع الى الغريم، وينبغي الشركة في الضمان، كما مرّ. وايضاً قوله: فليس له تسليم حق احدهما الى الآخر صريح في عدم تعين حق له فيه، مع أنّه قد نقل جواز ذلك اتفاقاً، وكذا قوله: تعدى، فتأمل، فالحكم المذكور المشهور مشكل.

وكذا قول ابن ادریس اختصاص القابض بما قبض، لأنّه ما اخذ الا الثمن مثلاً، وهو مشترك، وليس له شيء مخصوص، وهو دليل الجماعة على المشهور مع الروايات، فينبغي التأمل في دليل المسألة.

والذي يعلم من كلامهم أنّ الدين المشترك لم يقبل القسمة، سواء كان

في ذمة واحدة ام متعددة، بمعنى أنه على تقدير القسمة برضاها، ما يحصل لكل
مهما، وما يبق ويتلف فهو لهما، فيرجع (فرجع - خ) حينئذ بحصته مما حصل، على الآخر.
ولا تدل الروايات ايضاً على اكثر من ذلك، مثل رواية أبي حمزة، قال:
سئل ابو جعفر عليه السلام، عن رجلين بينهما مال مـ بأيديهما ومنه غائب عنهما،
فاقتسما الذي بأيديهما، واحال كل واحد منهما بصيبه (من نصيبه الغائب - ثل) من
العائث، فاقتضى (فاقتضى - خ) احدهما، ولم يقتض (يقتضى - ح) الآخر؟ قال:
ما اقتضى احدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله (١).

أي لا يأكل الآخر ماله الذي لم يقتض.

وأبو حمزة كأنه الثمالي، ولكن في الطريق على بن الحكم، عن بعضهم، ألا
أنه لا يضر، لقبول الاصحاب ومثلها رواية محمد بن مسلم، عن احدهما (٢)، مع
ضعف السند.

ورواية معاوية بن عمار، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام، عن رجلين
الى آخر ما نقلناه عن أبي حمزة بعينه (٣).

ورواية عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن
رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين، فاقتسما العين والدين، فتوى (أي هلك وكف)
الذي كان لاحدهما من الدين او بعضه وخرج الذي للآخر، أيرد على صاحبه؟
قال: نعم ما يذهب بماله (٤).

(١) الوسائل الباب ٦ من كتاب الشركة الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب الشركة الرواية ١ بالسند الثالث.

(٣) الوسائل الباب ٦ من ابواب الشركة الرواية ١ بالسند الرابع، الا أن في هذه الرواية عن مدني

التعليق: «فهو بينهما ما لم يذهب بماله».

(٤) الوسائل الباب ٦ من ابواب الشركة الرواية ٢.

وقد نقل هذا من معاوية بن عمار في التذكرة، والذي رأيته في التهذيب مانقته كما ترى.

وفي سند الكلّ ضعف في التهذيب، والقول بمضمونها - وظاهر كلام الاصحاب على المعنى الذي تقدم - ممكن من غير محذور، وهو أنّ القسمة مطلقاً جائزة ومفيدة للتملك في الجملة، إلا أنّ لزومها متوقف على حصول الحصة بيد الشريك أو وكيله، ولا بعد في ذلك، ولا محذور والذي يقتضيه البطران يكون الأمر كذلك على تقدير القسمة بغير رضاها، بأن يأخذ أحدهما من الغريم حصته فقط، فلا يكون للشريك مزاحمة والأخذ منه، لأنّ حقه في ذمة الغريم، وللغريم أن يعطى ماله لمن يريد، وقد اذى بعض دينه من ماله، ويمكنه تعيين البعض، فيكون المال للقابض فقط، عوض دينه يفعل به ما يريد، إلا أن يكون لزوم القسمة - وصيرورة ما قبضه له بالكلية، بحيث لا يرجع إليه - موقوفاً على وصول حق الشريك إليه وعدم تلمعه، ولا استبعاد في ذلك ولا محذور.

ولعمّ عليه يحمل كلام أكثر الاصحاب، ولا تدلّ الرواية على أكثر من ذلك، وقد لا يسلم أنّ المأخوذ مشترك بالفعل، بل حصته منزلة. ويمكن أن يتكلف لما نقلناه من التذكرة أنّ حق الآخر يكون كلياً مردداً بين ما في ذمة الغريم، وما في يد القابض، لأنّه بعض ماله وأخذ حصته من غير لزوم تعيين، وإنّ تعين كونه له في الجملة، فإن رضى الشريك بأخذ حصته يكون حكمه حكم قبضه وقبض وكيله، والآ يتخلص للقابض، ويرجع هو إلى الغريم. ويمكن أن يكون جوار الأخذ للشريك على هذا الوجه ووجوب عطاء الغريم له كذلك، وكذا تصرف القابض.

ولكن فيه اشكالان، ويكون له الالتزام مع التلف أيضاً بما في يد القابض فيكون عنهما، ومع عدمه يكون عن القابض فقط، ويكون له الرجوع عن

«البحث الثاني في القسمة»

ذلك الرضا، مادام لم يلزمه بوجه شرعي .
ويحتمل اللزوم بمجرد القول والرضا أولاً، كما في قسمة الاعيان، ويدل على
الاول كلام التذكرة.

ولو اجل احدهما نصيبه من الدين جاز فانه لو اسقط حقه جاز، فتأخيره
أولى، فان قبض الشريك بعد ذلك لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء .
هذا اذا اجله في عقد لازم، وان لم يكن في عقد لازم كان له الرجوع، لأن
الحال لا يتعجل بالتأجيل، فوجوده (المعجل - خ) كعدمه .
فتأمل فيه، فان المسألة من مشكلات الفن، فان الحكم غير موافق لقاعدة
العقل، ولا تدل عليه الروايات، مع ضعفها .

نعم تدل على عدم لزوم القسمة بعد تلف البعض، ولا اجماع في المسألة،
حيث نقل عن ابن ادريس القول بصحة القسمة وتعيين (تعيين - خ) ما قبضه
للباقي، لأن المشترك هو العين، وقد ذهب .

وفيه تأمل، ويمكن ان يقال كما مر في البحث مع التذكرة. وفي قوله طرح
الروايات الكثيرة الصريحة الممثلة وترك الشهرة، بل كاد ان يكون ترك الاجماع،
مع ان مادته أمر مشترك مشاعاً بعينه فتعيين شيء لاحدهما تعيين لآخر .

«البحث الثاني في القسمة»

قوله: البحث الثاني في القسمة الخ. ترك تعريفها لظهور أنها تعيين
الحقوق كما قيل، وتعيينها أولى .

والظاهر أن لاختلاف من الاصحاب في أنها أمر برأسها مملوك لشريك
حصة الشريك بحصته، سواء كان فيه تقوم اورد ام لا، فادا حصلت القسمة مع

وكل من طلب القسمة مع انتفاء الضرر اجبر الممتنع.
ولو اتفق الشركاء مع الضرر لم تحز، ويحصل الضرر بنقص
القيمة.

شرائطها يحصل المثلث بها.

وليست بيع ولا صلح ولا غيرها، لعدم وجود خواص العير فيها، مثل
(بش - خ) صيغة لبيع وغيرها بالاتفاق، فقول بعض العامة أنها بيع بعيد، بل
باطل، فلا يجري فيها أحكام البيع وغيره.

وايضاً لا خلاف عندهم في أنه اذا طلب احد الشركاء القسمة يجب على
الآخر جابته، وعدم منعه، اذا لم يحصل له ضرر بالقسمة سواء كان في تركها ضرر
ام لا، وسواء كان احدهما مضطراً الى القسمة ام لا، لأنه يجب ايصال حق الغير
اليه، بمعنى تحريم ممانعته عن وصول حقه اليه وهو هنا بالقسمة فيجب القبول والالتزام
ما يبرم فيها من الحضور او نصب وكيل ونحو ذلك.

ويضاً لظاهر ان لا خلاف في أنه مع الضرر بالسبة الى الكل مع عدم
ضرورة لا يجوز القسمة، لأنه تضييع مال، وهو مفسد واسراف ممنوع، بل يلزم حصرهم
(حينئذ - خ) في سائر اموالهم.

ولكن في حقيقة الضرر الذي عدمه شرط للاجبار خلاف، فقليل نقصان
في المال عيباً، أو قيمة نقصاناً عرفياً لا يتسامع، ولا يرتكب مثله الا مع الاحتياج
الثام، فدا انتفى مثل هذا الضرر عن الشريك - وطلب الآخر القسمة، مع انتماعه
عنه ايضاً، يجب الاجابة، وهو ظاهر، وقد مر.

وان عدم وجوبها مع ضرر الشريك فهو ايضاً ظاهر، الا مع تصرّر الطالب
بعدم القسمة، فيرجح ما فيه مصلحتها (مصلحتها - خ)، ويرتكب اقل ضرراً.

ومع التساوي يشكل الامر، فيحتمل القرعة، ومع وجوده بالنسبة اليه فقط
فعدمها متى على أن الضرر مانع مطلقاً، كما هو ظاهر المتن، حيث ذكر الضرر في

وقيل بعدم الانتفاع.

الموضوعين، ثم فتره (١)، فلا يجوز له القسمة ايضاً ههنا، الا مع الاحتياج، ولآخر الامتناع، بل يجب الامتناع حينئذ، لانه سعه.

ويمكن ان يحال الضرر والنقصان الى العرف، فان كان قسلاً، ومت يتسامح، فع وجوده في الشريك يحجر، والا لا يحجر، ومع وجوده في طالب القسمة، فان لم يكن قادحاً في رشده، ولا يعتد ذلك سقهاً. بقسم والا فلا.

نعم ان كان الضرر هو الخروج عن الانتفاع - كما شار له بقوله: (وقيل الح) - صح منهم عن القسمة، مع الاتفاق ايضاً، لانه سعه، ولكن الظاهر منه معنى (٢) الاون، فتأمل، وعلى تقديره لابد ان يكون له غرض صحيح عند الغلاء، متعلق بارتكاب ذلك النقصان، ولو بالاحتمال وان لم يظهر ويجب اخسل عليه، فيجبر الممتنع.

واما اذا وجد في جانب الممتنع هذا الضرر فع وجود مثله في جانب الطالب وعدمه ايضاً تجب الاجابة عند هذا القائل، كحواه عن الضرر بالكنية، واما عند القائل الاول فلا تجب، وذلك غير بعيد، وهو مذهب المصنف، وشار اليه بقوله: (ويحصل الضرر بنقص القيمة).

والظاهر ان المراد المنع من القسمة مع الضرر مطلقاً، اعم من ان يكون لها اولا حدهما، رضياً أم لا، حيث ذكره بعدهما، لاستصحاب الشركة.

ولان الناس مسلطون على اموالهم (٣).

ولان التصرف في مال الغير بغير اذنه خلاف العقل والنقل.

ولان التصرف في حصة الشريك - وتملكه بغير رضاه وتملك حصته له

(١) يعني هوته فذس مرة. ويحصل الضرر بنقص القيمة الخ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب المعنى الاول.

(٣) عولي الثاني ج ١ ص ٤٥٧.

ولا يصح قسمة الوقف.

كذلك - خلاف العقل والتفل -

ولأن الضرر موحود بالنسبة إليه دونه، فيدل الضرر المشهور لا ضرر ولا ضرار (١) - على نفيه.

وعلى تقدير الاجبار فالظاهر ان المجبر هو الحاكم بنفسه او بأمينه، فيكلف بذلك من يقوم مقامه، كما في سائرهما، ومع تعذره فالظاهر ان له ارتكابها بنفسه بحضور عدول او عدل، فتأمل.

وقيل لمرد بعدم الانتفاع بعد القسمة، عدم اجتماع يعتد به، ويعتبر عدم الاجتماع بالنسبة الى ذلك الشيء، كما في كسر الجواهر الكبير الذي له ثمن كثير وبعد لكسر (القسمة - خ ل) اما لا يسوى شيئاً اصلاً، او يسوى شيئاً قليلاً.

وقيل عدم الانتفاع به مفرداً اجتماعاً كان يحصل منه حال الاجتماع وعدم القسمة.

ولظاهر ان لا أول كاف (٢)، لما مر، واعتبار (٣) الثاني بعيد، و لثالث ابع.

ويمكن ان يقال: ينبغي ان يجبر الممتنع مطلقاً، اذا كان الشركة حاصلة من جانبها فقط، بان مرج مال غيره بماله اختياراً.

قوله: ولا يصح قسمة الوقف الخ. أي لا يصح ان يقسم لوقف بين اربابه، بان يأخذ كل بعضاً منه، وينفرد بالانتفاع منه، لانهم ليسوا عاكين فقط،

(١) راجع الوسائل ج ٥ ب ١٢ من كتاب احياء الموات ح ١٧ ص ٣٤٠.

(٢) الظاهر ان المراد بالاو ما ذكره بقوله والظاهر ان المفرد لمع من القسمة مع الضرر مطلقاً، وبالثاني قوه وقيل مرد بعدم الاجتماع بعد القسمة عدم اجتماع يعتد به الخ، وبالثالث ما ذكره من قوه. وقيل عدم الانتفاع به مفرداً الخ.

(٣) وفي النسخة المحظوظة: وعدم اعتبار الثاني.

ويصح قسمته مع الطلق.

ولا يشترط القاسم (١)، ولا اسلامه، لو تراضى الخصمان به.
وتكفي القرعة في التعيين بعد التعديل.

لنعتقه باسطون الآخر، ولأنه على خلاف وضع الواقف وتديل.

نعم قد يتصور القسمة بحيث لا يحصل على احد ضرربان وقف شخص على
زيد ودرته نصف داره وآخر نصف ذلك الدار على عمرو ودرته وحينئذ لو قسم
هذه الدار لم يحصل ضرر على أحد، ولكن الكلام في القسام فكأنه المتولى مع
المصلحة او المالك، وهو بعيد فتأمل.

واما قسمته مع المطلق بان كان جزء شيء وقفاً وجزؤه طلقاً، فيقسم ويميز
الوقف عن المطلق، فذلك حائز، ويكون الناطر ممزلة الشريك فيقسم.

ولظاهر ان لا نزاع فيه مع عدم اشتماله على الرد، فان في شرح اشرايع،
وكذا معه ان كان الرد من الوقوف عليهم، واما العكس فلا، لأنه كالبيع، فتأمل.

قوله: ولا يشترط القاسم الح. لا يشترط في كل قسمة قاسم من جانب
الحاكم، وعن تقدير وجوده لا يشترط اسلامه، ولو تراصبا الشريكان بقاسم كفر
جاء، فيحوز ان يقسما بانفسهما من دون قاسم، ومعه وان كان كافراً، مع رضاه
به.

قوله: وتكفي القرعة الخ. يعني اذا عدلت السهام على ما يقتضيه القسمة،
ولا بد من التعيين (للتعيين - خ)، بحيث يصير كل قسم ملكاً لكل واحد واحد منهم،
بحيث لا يحوز تفسيره والاخذ منه الا برضاه (من القرعة - خ) وبعد اخراجها بالقرعة
لا يحتاج الى رضا الشريك مرة أخرى اذ يكفي الرضا الاول باصل القسمة، وقد

(١) وفي بعض النسخ ولا يشترط عدالة القاسم وفي بعض اخرى. ولا يشترط ايمان القاسم والصواب
ما ثبتناه كما يظهر من الشرح.

أخرجت بفرعة التعيين.

وقيل ان كان القاسم من الامام فهو كاف، والآ يحتاج الى الرضا بعدها، ل شملت القسمة على رد، لأنه حينئذ مشتملة على المعاوضة، فلا بد من لفظ يدل عليها، وأقله ما دل على الرضا.

فيه تأمل اذ الرضا الاول كاف والقرعة والتعديل بانفسهما قد يكفيان، على ان منصوب لامام ليس بوكيل للشريك، حتى يقبل له، فانه منصوب للقسمة والقرعة فقط، على ان القسمة والقرعة مطلقا معاوضة، كما صرح به الشهيد الثاني في شرح الشرايع، فوجهه غير ظاهر، كأنه نظر الى ما ذكرناه من اصل بقاء الملك على ملك ماله، وقبضه على الاشتراك وعدم خروج شيء عن ملك احدهم ولدخول في ملك آخر حتى يتحقق الدليل، ومع الرضا بعدها او القرعة مع قاسم الامم ناقل بالاجماع، والباقي غير ظاهر كونه ناقلاً حتى يتحقق.

ويمكن ان يقال القرعة مع الرضا الاول ناقل، فتأمل.

واعلم ان لظاهر ان القرعة او الرضا ثانياً انها هو محتاج اليه لتملك بحيث لا يجوز لاحد العدول عنه، والآ الظاهر انه يكفي الرضا باخذ كل واحد قسماً بعد لتعديل بالرضا، فانه اذا رضى بان يأخذ عوض ماله من حصة الآخر (الحصة الآخر-خ) في مال.

لظاهر ان له ذلك، وهو مسلط على ماله، فله ان يفعل ما يريد، الآ

لمنع، ولا منع هنا.

ولان لظاهر انه تجارة عن تراض ايضاً، واكل مال الغير بطيب نفس منه. والظاهر انه وان لم يكن مملوكاً، فلا كلام في جواز التصرف فيه تصرف الملاك، مثل ما قيل في المعاطاة والهدايا والتحف وان كان دليل الملك.

ويحتمل ان يكون تصرفاً بعقد باطل، فيكون حراماً، وهو بعيد جداً،

ويستحب للامام نصب قاسم.
ويشترط عدالته ومعرفة بالحساب.
ولا يكفي الواحد في قسمة الرد، إلا مع الرضا.

وعمل المسلمين على غير ذلك، بل على الملك فتأمل.

قوله: ويستحب للامام عليه السلام نصب قاسم الخ. بل ينبغي ذلك للحاكم مطلقاً، لاحتياج الناس اليه، اذ قد لا يحصل الرضا في التعديل بقول بعضهم بعضاً، او لا يعرفون ذلك خصوصاً في قسمة الرد.

ودليل اشتراط عدالته الوثوق بقوله، اذ لا وثوق بعيره، وكان هذا للحاكم، والا فالامام عليه السلام يعرف ما يحتاج اليه ويحتمل الذكر لمعرفتنا بأنه لم ينصب الا عدلاً، كما قيل ذلك في بيان اكثر احكام للامام عليه السلام.

واما معرفته للحساب فلا بد منها مقدار ما يحتاج اليه في القسمة.

قوله: ولا يكفي الواحد الخ. يعني اذا كانت القسمة قسمة ردة بمعنى قسمته يحتاج الى التعديل بحسب القسمة حتى يتساوي الاقسام، يعني مدم يقوم الامور المشتركة لم يحصل التعديل والتسوية بين الاقسام سواء تحقق حينئذ ردة ثمن وقيمة من احد الجانبين الى الآخر ام لا.

فكانها سميت قسمة الرد لتحقيقه فيها في الجملة، او ردة قسمة من بعض العروض وضمة الى آخر، حتى يحصل التعديل، كما هو الغالب.

وبالجملة، المراد بقسمة الرد التعديل لا الرد الحقيقي، كما نقل عن

الدروس.

واما دليله فهو قولهم ان التقويم لا بد له من مقومين عدلين فانهما حجة شرعية غالباً لا غير، ولأنه لم يحصل الوثوق في امثال ذلك بحيث يلتزم، الا بقول عدلين، هذا ان لم يرضا الا بهما، والا فلهما ان يفعلا ما يريدان بد يرضيه بانفسهما او يفاسق او عدل او نحو ذلك.

والاجرة من بيت المال، فان ضاق، فمنها بالحصص.
ومتساوي الاجزاء يقسم قسمة اجبار، وغيره ان التمس المتضرر
القسمة (بالقسمة - خ)، اجبر غيره عليها.

قوله: والاجرة من بيت المال الخ. أي اجرة القسام من بيت مال لان
قسمة من حمة مصالح العامة، ومؤتة من مصالح العامة، وهو بيت مال المسلمين،
فان ضاق بيت مال المسلمين عن ذلك، ولم يكس فيه شيء يبذل له فمن مال
الشركاء لأنه لمصالحهم ولطلبهم فهو كائنتال والوزان لها معاً ويبغي ان يكون
ذلك بالحصص بينهم بان يقسم اجرة المثل على الحصص فيعطى كل بالنسبة ماله.
قوله: ومتساوي الاجزاء الخ. المراد بمساوي الاجراء هو لمشي الذي
يصدق على قسمة وكثيره اسم الكل. واجزائه متساوية في ذلك، ولا تفاوت بين
(بينها - خ) غائب، وقد مر تحقيقه، وسيجيء ايضاً.
ولا يخلو عن اشكال وليس هذا محلّه. كالجوبات والادهان. تقسم قسمة
اجبار، يعني لما لم يكن فيه ضرر بالقسمة، فيتحقق هنا قسمة الاحبار مطلقاً، فادا
(فان - ح) رضياً، وآلا اجبر الممتنع دائماً.
وفيه تأمل اذ قد يكون يسيراً بحيث لو قسم لا يبقى لكل قسم او لبعضه قيمة
صلاً، او ينقص نقصاناً فاحشاً، بخلاف مالو بيع جمعاً يحصل لكل واحد من
الشركاء من القيمة (من القسمة - خ) ما ينتفع به، وهو غير بعيد، وحينئذ قد يمنع
الكل من القسمة ومع اتفاقها ايضاً، للضرر، كما مر، فيسفي تخصيصه وبرد به
هنا ما لا يتضرر بقسمته، وهو بعيد، فتأمل.

مع عدم الضرر بحجب الممتنع على القسمة مطلقاً.
وأما غير متساوي فان كان هنا متضرراً والتمس مع ذلك القسمة اجبر غير
المتضرر عليها.
وانصهر ان لا خلاف فيه ان لم يبلع ضرره (الى - ح) حد السفه، كما مر،

وتقسم ما اشتمل على الردّ قسمة تراض.

ولم يكن ضرر على الممتنع ايضاً، وان كان عليه ضرر اقل، فلا يعد رجحان الاول، واقام مع التساوي او الاكثر فلا جبر.

وايضاً يحرم مع عدم الضرر على الممتنع ولا على الملتزم كما مر، فاميد موهم (١)، فلا تنوهم، فلو قال: ان التمس الشريك، لم يتوهم شيء.

قوله: ويقسم ما اشتمل على الردّ الخ. هذا صريح في أنه إنما يجبر الممتنع على القسمة، اذا لم تكن القسمة قسمة ردّ.

والظاهر ان المراد هنا حقيقة أي اعطاء عوض الى الشريك ليحصل له القسم بذى اخرجته القرعة، فيخصص به كلامه من قبل مثل قوله: (وكن من طلب لح) - وان كان ظاهراً في جبر الممتنع على القسمة مطلقاً، وكذا قوله: (وغيره ن التمس الخ)، فانه دال على ان غير المتساوي الاجراء الذي لا يقسم الا بالتقويم والتعديل يجوز قسمته قسمة اجبار ايضاً، وهذا ايضاً اعم من كون مشتملة على الردّ ام لا، وهو ظاهر.

وكذا دليل الحكم بالحبر، فانه دفع الضرر ومنع المالك عن التصرف في ملكه، خصوصاً اذا كان الممتنع مفرطاً في حصول المزج بان مزج مال غيره بماله باختياره. وهذا في غير قسمة الردّ، وأما فيما فلا يجبر الممتنع، بل أنها يصح مع التراضي، لأنها مشتملة على معاوضة، وبمنزلة بيع جزء من المال، فلا بد من الرضا به، ولفظ دال عليه، كما قيل مثل ذلك دليلاً على الاحتياج الى الرضا بعد التعديل، والقرعة ان لم يكن القاسم منصوب الامام مع كون لقسمة قسمة ردّ.

وقد عرفت ما فيه من ان القسمة عندنا امر برأيه غير بيع.

وأنه لو كان كذلك لافرق بين قسمة الردّ وغيرها، فان الأخير ايضاً

وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل.
والعلو (أو-خ) السقل معاً، لا بان ينفرد احدهما بواحد منهما، ولا

معدوضة وكيع حزة من المال ببعض آخر، ولا بد فيه من الرضا واللفظ.
ولأن العلة الموجهة هو دفع الضرر والخرج المنعيان بالعقل والقل، كتاباً
وسنة واجماعاً.

والفرض أن لا ضرر على الممتنع بوجه، بل يحصل له النفع بالقسمة بان
يعطى مثلاً بعض الدراهم وبعض الامتعة أو يؤخذ منه بعض الثمن، ويعطى حصته من
المشترك التي يحصل منه النفع له أكثر.

وبالجسمة الفرق بين قسمة الرد وغيرها مشكل، خصوصاً اذا كانت
مشتمة على التقوم مثل العبيد والثياب وجميع المقومات التي ليست (من-خ) متساوي
الاجزاء فانهم جوزوا فيه القسمة الاجارية دون ما يشتمل على الرد.

لعل دليله عدم خبر احد على بيع ماله، وخرج القسمة الخالية عن الرد
بالاجماع، وبقي لرد تحتها، والضرر غير مضبوط فتأمل، فان الحكم لا يخلو عن
اشكال، فان منع شخص عن التصرف في ملكه بعيد، خصوصاً اذا كان متضرراً
غير منتفع (مع كونه مشتركاً-خ) فان ذلك ضرر عظيم، ألا ان يخص مثل هذا
الفرد بالاجواز، يعني اذا كان الطالب متضرراً ترك القسمة، والممتنع غير متضرر
بالقسمة، يجوز التقسيم، وان كان مشتملاً على الرد، ولكن عبارة المتن وغيره مثل
شرح الشرايع خال عن ذلك، الله يعلم.

قوله: ويقسم الثياب الخ. يعني لا بد في قسمة غير المتساوي من تقويم
وتعديل، كالثياب والعبيد، فان حصل التساوي على وجه يقتضيه النظر من غير رد
فيقسم كذلك، ويجري فيه الاجبار، كما مر، وألا ينضم اليه بعض الدرهم، وما
يفال به القسم الآخر، فيقسم قسمة تراض قسمة الرد.

قوله: والعلو والسقل الخ. يعني اذا اريد قسمة الدور المشتملة على

يقسم كل منها على حدة.

والارض المزروعة والزرع الظاهر، والقرحان (١) المتعددة كل واحد بانفراده، لا قسمتها بعضا في بعض.

والقراح الواحد وان اختلفت اشجار أقطاعه بعد التعديل،

البيوت علواً وسفلاً، يجعل كل بيت علوم بيت تحته قسماً واحداً، ويستخرج بالقرعة بعد التعديل بالرد وعدمه.

ولا يقسم بان يجعل العلوقسماً والسفل قسماً، لأنه يحصل التعب والمشقة، ولا بان يقسم البيوت الفوقانية على حدة.

وكذا البيوت التحتانية، لاحتمال ان يقع الفوق لمن ليس له تحته، فيقع المحذور المتقدم، وهو واضح، ولا شك أنه أولى ان امكن، وإما الوجوب فيس معلوم، اذ مدار التقسيم على الرضا، خصوصاً في غير الاجارية، فلهم ان يرضوا بما يريدون، وايضاً قد لا يمكن، وكأن المقصود بيان الأولى او الوجوب في الاجارية على تقدير الامكان.

قوله: والارض المزروعة الخ. أي يقسم الارض المزروعة بانفرادها حتى يصير بعضها لواحد وبعضها الآخر لآخر، وكذا اصل الزرع الظاهر على وجه الارض المزروعة، وكذا القرحان المتعددة - وهو جمع قراح - وهي في الاصل الارض الحالية من الماء والشجر يقسم كل قراح على حدة ليحصل لكل واحد شيئاً منها، لا ان يقسم الارض المزروعة والزرع بعضها في بعض بحيث يصير الارض لبعض والزرع لآخر، وكذا لا يقسم القرحان بعضها في بعض حتى يصير بعضها تمامه لشريك والبعض الآخر لآخر.

قوله: والقراح الواحد الخ. يقسم القراح الواحد - المراد به ما فيه الشجر

(١) القراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولاهما شجر والجمع لقرعة ومنه الحديث ان في قراح بذر

(جمع البحرين).

والدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة اجبار، ثم يخرج السهام على الاسماء، بان يكتب كل سهم في رقعة، ويأمر الجاهل باخراج بعضها على اسم احدهما او على السهام بان يكتب اسم كل واحد في رقعة ويأمر الجاهل باخراج بعضها على سهم منها.

ويعدل السهام قيمة لا قدرأ، ولو كانا متساويين وكان الثلث

وان اختلفت اشجار اقطاعها بعضها في بعض - بعد التعديل.

وكذا يقسم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض، بحيث كان واحد لواحد والآخر لآخر، ويقسم كل ذلك قسمة اجبار، مع حصول شرطه، وعدم مانع فيه، مثل الرد بناء على ما ذكر.

وهذا المعموم ايضاً يشعر بالجواز مطلقاً، فيخصص، كما تقدم (بما تقدم - خ).

والظاهر ان هذا الطريق للتقسيم لانه الاصلح والانفع غالباً، لا انه واجب دائماً، فلورضى الشريكان فلهما ان يقسما كيف ارادا، اذا لم يكن مضراً وخارجاً عن الرشد، بان يكون تضييماً محضاً وسرفاً وسفهاً، وانه ان رأى القسما - ان المصلحة في تقسيم الارض المزروعة والزرع، الظاهر ان يقسم بعضها في بعض لا كل واحد لقلته وعدم نفع كل او بعض بحضته - فعل (جاز - خ).

قوله: ثم يخرج السهام الخ. اخراج السهام على الاسماء ان يكتب السهام مثل الجزء الشمالي او القسم الذي فيه الشيء الفضلاني سمي العلامة المختصة به، فيقال لجاهل اخرج واحدة من الرقاع باسم زيد واخراج الاسماء على السهام عكسه، فيكتب في الرقعة اسم زيد، ثم يقال له اخرج رقعة بهذا الاسم (الفلائي - خ) وهو ظاهر.

قوله: ويعدل السهام الخ. معلوم انه اذا كان المال غير متساوي

بازاء الثلثين، جعل الثلث محاذياً للثلثين.

ولو تساوت قيمة لاقدراً، بان كان لاحدهما النصف من متساوي الأجزاء، وللآخر الثلث، وللثالث السدس، سويت على أقلهم، ويخرج على الاسماء، ويجعل للسهم أولاً وثانياً وثالثاً (١) فان خرج صاحب النصف فله الثلاثة الأول، فان خرج صاحب الثلث فله الأولان، وكذا في المرتبة الثانية.

لأجراء، لابد من تعديل السهام قيمة لاقدراً وزناً او كيلاً، فلو كان الشريكان متساويين وكان ثلث اصل المال المشترك قدراً مساوياً قيمة لثلثين قدراً مثلاً، يحس لثلث قدراً سهماً وثلثين قدراً، سهماً آخر، وهو ظاهر.

قوله: ولو تساوت قيمة الح. أي إلتسام كلها قيمة، وهي الاموال المشتركة، بمعنى ان يكون قيمة الثلث المقداري في المال المشترك مثل الآخر، ولا يكون قدر نصيب كل واحد مساوياً لنصيب الآخر، بان كان مثلاً لاحدهم لنصف من متساوي الاجراء وللآخر الثلث وللثالث السدس، سويت على أقل السهم، وهو السدس في المثال المذكور، ويخرج على الاسماء ويميزت السهم، ويجعل للسهم أول وثان وثالث ورابع وخامس وسادس، وتكتب اسماء صاحبها مثل ريد وعمرو وبكر، فان خرج صاحب السدس فله الاول وان خرج صاحب النصف فله الثلاثة الأول، وان خرج صاحب الثلث فله الأولان، وكذا في المرتبة الثانية أي اخرجت الباقية بعد ان اخذ الاول نصيبه ثانياً بين الباقيين مثلاً فيخرج احد الاسمين على السهم، فان خرج اسم من له السهمان كان له السهم لذي خرجت عليه، والذي يليه، والباقي للباقي وبالعكس.

(١) في بعض النسخ: ويجعل للسهم أول وثان الى آخرها.

ولو اختلفت قدرأً وقيمة سوّيت على الأقل (١).

وقسمة الردّ تفتقر الى الرضا.

ولو اتفقا عليه، وعدلت السهام، افتقر بعد القرعة الى الرضا

ثانياً.

ولو ادعى الغلط كان عليه البيّنة، فتبطل، او الاحلاف.

قوله: ولو اختلفت قدرأً الخ. أي ولو اختلفت السهام كتبها أي لأموال

المشتركة قدرأً وقيمة، ميرت على الأقل الى ان يتعين جميع الحصص.

ويمكن في القسمين الاخراج على السهام عكس المذكور، وهو ظاهر.

قوله: وقسمة الردّ الح. قد مرّ التصريح به أيضاً فيما تقدم، وكأنه يريد

بالرضا لا أول الرضا قبل القسمة، يعني ان قسمة الردّ لا بد فيه من الرضا، ولا يمكن
بجلبه، وقد مرّ التأمل فيه.

وبالرضا الثاني الرضا بعد القسمة والتعديل واخراج القرعة، يعني الرضا

الاول معها لا يكفي، بل لا بد من الرضا مرة اخرى لما تقدم، أنه عوض ومعاملة،
فلا بد من الرضا به، كما قيل، وقد قيّد البعض بكون القاسم غير ناشب، وقد مرّ
تفصيله، والتأمل فيه، فتأمل.

قوله: ولو ادعى الغلط الخ. أي لو ادعى احد الشركاء لغلط في

القسمة، وانكره الآخرون، فعل المتعي البيّنة على ذلك، كما هو المقرر، فان
شهدت البيّنة له به تبطل القسمة، فتستأنف القسمة، او يصطلحون، وللمتعي
احلاف الباقيين أيضاً، مع عدم الاشهاد على عدم علمهم بالغلط، ان ادعى عليهم
العلم بذلك، وهو ظاهر، ولا يحلفوا الا مع العلم بعدم العلم (٢)، وهو أيضاً ظاهر.

(١) في بعض النسخ: ميرت على الأقل.

(٢) في بعض النسخ المحطوطة: ولا يحلفوا الا مع عدم تقدم العلم.

ولو ظهر استحقاق البعض، بطلت، ان كان معيناً مع احدهما او معهما، لا بالتسوية او مشاعاً.
ولو كان معيناً بالتسوية لم تبطل.
ولو ظهر دين بعد قسمة الوارث (الورثة - خ) فان دفعوه، والا بطلت.

قوله: ولو ظهر استحقاق البعض الخ. أي ولو ظهر كون بعض المال المقسوم مال الغير تبطل القسمة، ويمطى ذلك إلى مستحقه، وتستأنف القسمة او يصطحنون.

هذا ان (اذا - خ) كان المال المستحق معيناً مع احد الشريكين فقط، او معهما - لكن لا بالتسوية، بان يكون مقدار منه قيمته أكثر مما عند الآخر بالنسبة إلى سهامهما - وجهه ظاهر، او يكون عندهما مشاعاً، وأما ان كان بالتسوية أي قسم ذلك المستحق المعين بينهما على مقتضى سهامهما، فلا تبطل القسمة، لأنه اذا أعطى كل مال الغير، بقى الباقي متساوية فلا فضل لاحدهما على الآخر.
وايضاً كان اصل المال منقسماً على مقتضى السهام، فوجود المستحق مثل عدمه.

ويحتمل البطلان مطلقاً، لأنه قد علم أن ما حصل لكل، كان على غير وجه شرعي.

ويحتمل الصحة ايضاً مطلقاً، فيرد على الآخر من عنده الزيادة ان امكن.
قوله: ولو ظهر دين الخ. يعني اذا ظهر على الميت دين بعد قسمة الورثة الميراث، فان دفعوا الدين - وهو بالنسبة إلى السهام، فيعطى من اخذ نصف الارث نصف لدين وصاحب الثمن الثمن إلى اهله - صحت القسمة ولزمت، والا بطلت،

في دفع الدين من أصل التركة، فيقسم الباقي، فلا يجوز التصرف قبل أداء الدين، ولا حكم لتلك القسمة حيث حكم بطلانها، فتأمل.

وهذا الكلام مشعر بأن تصرف الوارث في الميراث مع الدين - وإن كان فاضلاً عنه - ماض ومتوقف لزومه على الأداء، لأنه يبطل، ولا يصح (١)، والمسألة مشككة، وسيجيء إنشاء الله تعالى.

(١) في النسخة المطبوعة: هكذا: لأنه يبطل والآ يصح

«المقصد السادس في المضاربة»

«المقصد السادس في المضاربة»

قوله: المقصد السادس في المضاربة وهي جائزة من الطرفين الخ.
ترك هنا أيضاً تعريفها، كأنه للظهور، ويقال للمضاربة القرض أيضاً.
قال في التذكرة: القراض عقد شرع لتجارة الانسان بمال غيره بحصة من
الربح، فاذا دفع الانسان الى غيره مالاً ليتجرفه، فلا يخلو اما ان يشترطاً قدر الربح
بينهما او لا، فان لم يشترطاً، فالربح بأجمعه لصاحب المال، وعليه اجرة المثل للعامل،
وان شرطاً، فان جعل جميع الربح للعامل كان المال قرضاً وديناً عليه، وللربح
والخسارة عليه، وان جعل الربح بأجمعه للمالك كان بضاعة، ون جعل الربح بينهما
فهو القرض الذي عقد الباب لأجله، ويسمى المضاربة أيضاً والقراض لغة اهل
لحجاز والمضاربة لغة اهل العراق، ثم ذكر وجه اشتقاقه من القراض والضرب، هكذا
ذكره في شرح الشرايع أيضاً.

وقوله: وعليه اجرة المثل للعامل محل التأمل، اذ الاصل عدم لزوم الاجرة،
وما ذكر من أنه اذا استعمل شخص بعمل له اجرة عادة لمثل هذا الشخص يستحق
به اجرة المثل حينئذ - ان ثبت ذلك، وكأن مانحن فيه من ذلك لتقيل - يكون له
اجرة المثل.

وبالجمة، إذا كان هناك ما يفيد ذلك، -ويدل عليه بحيث يكون نصاً ومفيداً لذلك عرفاً غالباً- لزم اجرة المثل، والآ فهو متبرع لما مر.

وكذا قوله (١) كان المال (قرضاً ودينياً) فإن القرض يحتاج إلى صيغة خاصة، وله أحكام خاصة، والقرض عدم وجودها من المالك (وقصده وكذا من العامل -خ) فكيف يحكم بوجوده وترتب أحكامه عليه، ولأن خروج المال عن ملك ماله ودخوله في ملك آخر يحتاج إلى ناقل، وما وجد الآ نحو قوله: (اتجرفيه، ويكون الربح لك)، وغير معلوم كون هذا المقدار مملوكاً، باعتبار أن كون الربح له فرع كون المال له، فكأنه قال: المال لك بالعوض، فربحه لك، لأن الاكتفاء في خروج ما عن ملكه ودخوله في ملك آخر بمثله من غير ورود شرع به، مشكل.

على أنه قد يكون العامل أو القابل (القابل -خ) جاهلاً، لا يعلم أنه لا يمكن كون المال بقباً على ملكه، وكون الربح للعامل، إذ قد يكون مقصوده إعطاء الربح للعامل بعد أن كان له.

وبالجمة، أن وجد دليل مفيد لنقل الملك مع العوض يكون قرضاً، والآ فلا.

نعم لو تصرف يكون المال ديناً في ذمته.

ويحتمل أن يكون المراد بقوله: (كان المال قرضاً) هذا المقدار (٢) بقرينة قوله: (ودينياً)، وهو بعيد، فتأمل.

ثم أن الظاهر أن لاختلاف بين المسلمين في جواز المضاربة نقله في التذكرة.

وتدل عليه الروايات، مثل رواية الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام،

(١) يعني نصف في التذكرة.

(٢) يعني ما قلناه بقولنا نعم لو تصرف الخ.

قال: المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء،
لأن يخالف أمر صاحب المال (١).

قال في التذكرة: أنها صحيحة.

وفي الطريق محمد بن عيسى، عن ابن أبي عمير، عن امان، ويحيى (٢).

وفي محمد بن عيسى كلام.

وهما مشتركان (٣)، والظاهر ان امان هو ابن عثمان، وفيه أيضاً كلام.

وصحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن

الرجل يعطى المال مضاربة، وينهى ان يخرج به فيخرج به (فخرج - خ)؟ قال:
يضمن المال، والربح بينهما (٤).

وصحيحه الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل يعطى الرجل

مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال: هو صامن والربح بينهما (٥)، والروايات
الدالة عليه كثيرة جداً (٦).

ثم قال في التذكرة: أركانه خمسة، الأول العقد، لا بد في هذه المعاملة من

لفظ دال على الرضا من المتعاقدين، اذ الرضا من الامور الباطنة التي لا يطلع عليها
إلا الله تعالى، وهذه المعاملة مثل (و-خ) غيرها من المعاملات يعتبر فيها الرضا،
للآية (٧)، فاللفظ الدال على الايجاب ان يقول رب المال: ضاربتك او قارضتك او

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية (ج ١٣ ص ١٨١).

(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: احمد بن محمد، عن محمد بن عيسى، عن محمد بن أبي عمير، عن

امان ويحيى، عن أبي العراء عن الحلبي.

(٣) يعني امان ويحيى.

(٤) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ١.

(٥) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٥.

(٦) راجع روايات الباب ١.

(٧) قال الله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن فريض (النساء - ٣٤).

عاملتك على ان يكون الربح بيننا نصفين او اثلاثاً او غير ذلك من الأجزاء، بشرط تعيين الأكثر لمن هو منها، والأقل كذلك، والقبول ان يقول العامل: قبلت او رضيت او غيرهما من الالفاظ الدالة على الرضا بالقبول، وكذا الايجاب لا يختص لفظاً، فلو قال: خذ واشتر به على ان ماسهل (١) الله تعالى في ذلك من ربح وفائدة يكون بيننا على السوية او متفاوتاً - جان.

ولا بد من القبول على التواصل المعبر في سائر العقود.

وهل يعتبر اللفظ؟ الاقرب العدم، فلو قال خذ هذه الدراهم، واتجر بها، على ان الربح بيننا على كذا فأخذها واتجر، والاقرب الاكتفاء به في صحة العقد، كالوكالة، ويكون قراضاً - الى قوله -: يجب التجيز في العقد، فلا يجوز تعينه على شرط او صفة، مثل اذا دخلت الدار او اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك وكذا لا يجوز تعليق البيع ونحوه، لأن الاصل عصمة مال الغير (٢).

ولا يخفى أن دليله لا يدل إلا على اعتبار ما يدل على الرضا، سواء كان لفظاً ام لا، ولهذا يجوز غير القول في القبول، مع أنه لا بد من رضا القابل ايضاً، لأنه احد الطرفين، وقد اشترط التراضي في الآية (٣)، وأنه لا يشترط المقاربة للاصل وحصول التراضي الدال على الجواز للآية (٤)، وصدق المضاربة، فيجرى فيه دليلها، ويدل عليه ايضاً عدم اشتراط القول في القبول عنده.

فقوله: (على التواصل المعبر في سائر العقود) محل التأمل، لعدم الدليل، ولأنه مناف لعدم اعتبار القبول، إلا ان يقول أنه لا بد من التواصل، سواء كان بين لفظ الايجاب ولفظ القبول، او فعل دال على ذلك، مثل الأخذ بعد صيغة الايجاب

(١) في التذكرة: مها سهل.

(٢) انتهى كلام التذكرة (ج ٢ ص ٢٢٩).

(٣) و (٤) وهو قوله تعالى: الا ان تكون بجارة عن تراضي (النساء: ٣٤).

بلا فصل، وهو لا يخلو عن بعد، ويأبى عنه قوله: (المعتبر في ساير لعقود)، وقوه.
(كالوكالة).

وايضاً دليله على اشتراط التنجيز لا يخلو عن شيء، اد دلة حوز هذ العقد يخرج المال عن عصمة صاحبه (مع التعليق ايضاً - خ)، فانه يصدق عليه عقد المضاربة المعروفة، ويدل عليه ظاهر الآية، فانه تجارة عن تراض، والدال على الرضا موجود، ولانه يصدق على التجارة التي فعلها العامل بهذه المضاربة، مثل السع والصنع، فيدل دليل جوازهما على حوازه.

الا ان يقال لادليل على المضاربة الا الاجماع، ولا اجماع هنا، ولكن ذلك ممنوع (لما مر من الاخبار - خ)، او يقال: انه اجماع على عدم حوز التصديق، لانه كـ لو وكالة، بل وكالة، ويؤيده ماسيحي في الثاني، وهو ايضاً ممنوع، فتأمل.

ثم قال: الثاني المتعاقدان، وشرط كل واحد منها البلوغ - الى قوله - والاص
فيه ان القراض توكيل وتوكل في شيء خاص، وهو التجارة، فيعتبر في لعامس والمالك ما يعتبر في الوكيل والموكل، ولا نعلم فيه خلافاً.

ثم قال: ولو قارض المريض في مرض موته صبح، وكان للعامل ما شرطه له، سواء زاد عن اجرة المثل (مثل عمله - خ) او ساواه او نقص، ولا يحتسب من الثلث لأن المحسوب من الثلث ما يفوته المريض من ماله والربح ليس بحاصل حتى يفوته، وانما هو شيء متوقع حصوله واذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه ولو قارض (١) المريض في مرض موته (الموت - خ) وزاد الحاصل من اجرة المثل، فالاول ان الزيادة عن اجرة المثل يحسب من الثلث لان للتماء وقتاً معلوماً ينتظر، وهي حاصلة من عيب النخل من غير عمل، فكانت كـ الشيء الحاصل، بخلاف ارباح

(١) وفي بعض النسخ: ولو ساق مثل ولو قارض، وهو الصحيح كما في النذكرة.

التجارات لتي تحصل من عمل العامل، وهذا أظهر وجهي الشافعي (الشافعية-خ) والثاني أنه لا يحتسب من الثلث، لأن وقت العقد لم تكن ثمرة وحصولها منسوب إلى عمل العامل وتعهده (١).

هذا مبني على كون منجزات المريض من الثلث، وهو ظاهر، ولا يبعد عدم اعتبار الثلث فيها، لأن الأصل امضاء تصرف المالك في ماله وعدم حصره إلا ما ثبت معه، وما ثبت إلا في المال الموجود على تقديره.

ويحتمل فيها اعتباره أيضاً، لأن التصرف في الحاصل منه هو التصرف في الموجود في الحصة، وإيضاً تصرف فيه بالمتع عن الورثة، ولو كانت في أيديهم لا يمكن أن يخصوا بالتجارة أكثر مما حصله العامل.

ولأن فتح مثل هذا الباب قد ينجر إلى محرومية الورثة إذ قد يجعله مضاربة أو مساقاة ومزرعة بحصة كثيرة، بحيث لا يكون حصة الوارث إلا شيء قليل جداً، ويكون المان دائماً تحت يد الغير ينتمى به دونهم، فهو بمنزلة العدم.

وأنه لا يجوز أن يجعله في يد الغير بحيث لا ينضمون به، فكذا هنا، لعدم

الفرق معنى.

ولا يمكن رد الأول بأن القراض عقد جائز فيجوز أن يبطئه الورثة، وأنه

يبطل بموت المالك، إذ قد يكون واجباً (٢) بأن يكون شرطاً في عقد لازم ونحوه.

ولكن لظاهر أنه حينئذ أيضاً (٣) يبطل بالموت، فلا يتأفي المحذور في

المضاربة، بل في غيرها، فهو مؤيد لاعتبار الثلث فيه، كما هو أظهر وجهي الشافعية، لا أن يقال ببطلانه بالموت أيضاً، فتأمل.

(١) إلى ما كلام التذكرة (ج ٢ ص ٢٣٠).

(٢) يعني قد يكون القراض لازماً باشتراطه في عقد لازم.

(٣) يعني كون القراض واجباً باشتراطه في عقد لازم.

ثم قال: يجوز تعدد المضارب (العامل - خ) ووحدة المالك، وبالعكس، واشتراط استقلالهما، ومراجعة كل الى صاحبه او احدهما فقط، عملاً بالشرط، وأنه لا يجوز للعامل ان يضارب غيره، إلا باذن المالك.

والظاهر أن المراد أنه حينئذ يكون المضارب هو الثاني مع المالك، والحصة بينهما، وكون المضارب (الاول - خ) وكيلًا في عقد المضاربة، لأنه يكون المضارب الاول مضارباً ايضاً بأخذ بعض الحصة ويعطى الثاني بعض الحصة، لأن المضاربة لا بد فيها من كون الموجب مالكا للمال على ما قالوه، ولأن الحصة لم تحصل إلا بالعمل او باصل المال، ولا شيء لهم.

وقال ايضاً: يشترط أن يكون الدافع مالكا او مأذوناً في الدفع، بان يكون وكيلًا، فإن هذا العقد يقبل الوكالة والنيابة، او ولياً لطفل او مجنون، سواء كان حاكماً او اميه او الأب او الجد منه او الوصي، ولكن لا بد من المصلحة الراجحة على بقاء المال في يد الولي، ومع ذلك فلا يسلمه إلا الى امين، ودليله أنه منصوب لمصلحته فيفعل ما فيه المصلحة، وتدفع عليه ايضاً الآية، مثل ولا تقرىوا مال اليتيم إلا بالتي هي احسن (١) واحسنوا (٢) وما على المحسنين من سبيل (٣) ونحوها.

واستدل المصنف في التذكرة عليه، بأنه يجوز للولي ان يوكّل عنها في امورهما، فكذا يجوز ان يعامل على اموالهما قراضاً.

وانت خبير بان هذا قياس مع الفارق الطاهر، مع عدم ظهور الاتفاق في الاصل والدليل عليه، فتأمل.

وأما رواية بكر بن حبيب، قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: رجل دهم مال يتيم مضاربة، فقال: ان كان ربح فليتيم، وان كان وصيعة فالأدي أعطى

صامن (١).

وأنها تدلّ على عدم جواز المضاربة الحقيقية في مال اليتيم، وقد حملت على عدم كون الرّحل الدافع وليّاً، وفيه بعداً بترك التفصيل، وهو يدلّ على العموم. على أنّ بكر بن حبيب غير معلوم الحال، لأنّه غير مذكور، إلّا أن يكون ابن عمّد بن حبيب، فيكون صحيحاً.

وأنه لا معنى حينئذٍ لكون الرّبح لليتم، إلّا أن يقال إنّ المدفوع عليه اشترى بالعين لطفل، وقد جوّز الولي ذلك قبله وبعده على تقدير جواز الفضولي، فتأمل. قال في بحث الحبر، الضابط في تصرف المتولّي لاموال اليتامي والمهاجرين اعتبار الغبطة.

وقال أيضاً: وإذا اتجر لهم ينبغي أن يتحرر في المواضع الآمنة ولا يدفعه إلّا لأمين واجاب عن بضاعة عايشة مال اخيه عمّد في البحر، بأنّه قد يكون المراد ساحل البحر، أو أنّها ضمنّت العرم على تقدير التلف (٢).

وهذا يدل على جواز كون الوصى امرأة مل فاسقة، وجواز البضاعة في المواضع لغير الآمنة بشرط الضمان، وأنه لا يجوز في البحر، لانه غير مأمن. وقال يصبأ: ويستحب له ذلك، (أي للولي دفع مال الطفل ولجنون الى من يضارب)، سواء كان الولي أباً أو جدّاً له أو وصيّاً أو حاكماً أو أمينه - لي قوله - ولا نعم فيه خلافاً إلّا ماروي عن الحسن البصري.

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب المضاربة الرواية ١ كنا في التهذيب ولكن في الوسائل عن أبي عبد الله

عليه السلام، ج ١٣ ص ١٨٩.

(٢) قل في الندكرة: مسألة وإذا اتجر لهم ينبغي أن يتجر في المواضع الآمنة، ولا يدفعه إلّا لأمين

ولا يبرر ماله، وقد روى أنّ عايشة أصبحت مال عمّد بن أبي بكر في البحر، ويحتمل أن يكون في موضع مأمن قريب من الساحل، أو أنّها صممت أن هناك عرصة هي الخ (ج ٢ ص ٨٠ كتاب الحبر).

قال: الثالث رأس المال، وله شروط، ثلاثة الاول ان يكون من النقد (١) دراهم ودنانير مضروبة منقوشة عند علمائنا الى قوله اذا ثنت هدا، فلو دفع اليه كراً من طعام مضاربة، فباعه واتحربشمنه فان القراض فاسد، وكان لبيع والتجارة صحيحين بالأذن، والربح باجمعه لصاحب المال، وعليه اجرة المثل للعامل لأنه عمل على ان يكون شريكاً في الربح ولم يثبت له ذلك للفساد (٢) فيكون له اجرة المثل. وهذا صريح في أن الاذن معتبر، وان كان في ضمن عقد فاسد، فاحفظه، وتأمله.

ثم قال: الثاني ان يكون معلوماً، فلا يصح القراض على الجراف، وكأنه لاحلاف فيه ايضاً عند علمائنا، ولأنه لا بد من الرجوع الى رأس المال ثم اخذ الربح، وحينئذ لا يمكن، وقال ابوحنيفة، القول قول العامل مع يمينه ترجيح بلا مرجح بل مرجوح.

ثم قال: الثالث ان يكون معيناً، فلو احضر المالك العين، وقال للعامل: قارضتك على إحدى هاتين الألفين، او على أيهما شئت لم تصح، لعدم التعيين الى قوله نعم يصح القراض بالمال المشاع، فلو كان له نصف الف مشاعاً، فقارض غيره على ذلك صح، لأنه معين، وكذا لو كانت غائبة عنها حال العقد، وادار المالك اليها مما يميزها عن غيرها حالة العقد، صح، اما لو قارضه على لف واطلق ثم احضر اليه، العاقبى المجلس وعينها، فإنه لا يصح الخ.

كأن دليل اشتراط الحضور ايضاً بالمعنى المذكور اجماعنا، فتأمل.

قال في التذكرة: ولا يجوز القراض على الديون، ولا يعلم فيه خلافاً الى قوله وعلى ما رواه السكوني في الموثق، عن الصادق عليه السلام قال: قال أمير

(١) في التذكرة: من النقدين.

(٢) في التذكرة: لفساد العقد ج ٢ ص ٢٣١.

المؤمن عبه السلام، في رجل له على رجل مال، فبتقاضاه، ولا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه (١).

وهي مروية في التهذيب، عن الوفلي، عن السكوني، وهما ليسا بموثقين قيل في الأول أنه غلّا في آخر عمره، والثاني عامي وفي السند إبراهيم بن هاشم أيضاً (٢)، فتأمل.

هو لا الإجماع في اشتراط كونه غير دين لا يمكن القول بعلمه، وكذا في عدم التعيين، فيكون له اخذ إحدى الطرفين اراد، وكذا في محوها فتأمل.

ثم حوّر لقراض على العارية والوديعة، بل المعصوب مع من تحت يده ومع غيره، بدليل استحماع الشرائط وعدم مانع.

ثم قال: الزّاع عمل العامل وهو عوض ربح رأس المال، وشرطه ان يكون تجارة، فلا يصح على الاعمال، كالطبيع والخبز، وغيرهما - الى قوله - لو دفع ليه مالا على ان يقرضه عليه وشرطه ان يشتري مثلاً حطة لطبخها (ليطبخها - خ) - الى قوله - لم يصح، لما تقدم من ان الاسترباح بالقراض انما هو بالتجارة لا بالصناعة والحرفة. اما لو اشترى العامل هذه الاعيان، وعمل (فعل - ح) فيها هذه الصايغ من غير شرط، فانه يصح، ولا يخرج المتيق - ولا الخبز ولا المطبوخ ولا الثوب المنسوج او المقصور او المصوغ - عن كونه رأس مال القراض الخ.

وليس الحكم باشتراط اختصاص الاسترباح بالتجارة فقط ظاهراً، الا ان يكون اجماعياً، كما يفهم من كلامه، وليس بواضح، نعم الذي واضح أنه لا بد من التجارة، وشرط امثال ذلك - ليحصل به الاسترباح بالتجارة - لا يخرج عن

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب المضاربة الرواية ١ (ج ١٣ ص ١٨٧).

(٢) وسندهما كما في التهذيب هكذا: علي بن إبراهيم عن أبيه، عن الوفلي، عن السكوني.

التجارة، وكما أنه يصح بغير اشتراط، فيصح معه ايضاً، فهو بمنزلة ان يشترط نوع خاص للاسترباح، فتأمل (١).

ثم قال: اذا اذن المالك للمعامل في التصرف واطلق، اقتضى الاطلاق فعل ما يتولاه المالك من عرض القماش على المشتري - الى قوله - لو حصص (حضر - ح) المالك الاذن بمخصص، فلا يجوز للمعامل التعدي، فان حادف ضمن، ولا يبطل اقراض بالتخصيص، فلو قال له: لا تشتري الا من رجل بعينه او سعة بعينها، او لا تبع الا على زيد او لا تشتري الا ثمرة بستان معين او نخلة بعينها، او لا تشتري الا ثوباً بعينه جاز ولم يدر هذا الشرط وصح القراض، سواء كان وجود ماعينه عاماً في الاصقع والازمان اوفى احدهما، وسواء قل وجوده وعز تحصيله وكان نادراً أو كثير، عند علمائنا (٢).

مراده ان القراض كما يصح عاماً يصح خاصاً ايضاً، وينظم الشرط فلا يصح مخالفته، وان فعل يكون ضامناً، والمعاملة صحيح باصل الاذن، والربح بينهما، ويكون العامل ضامناً لرأس المال، فيكون عليه الخسران.

ويدل عليه احبار كثيرة، منها ما تقدم في اول الباب مثل صحيحتي اخي وعمر بن مسلم (٣) وغيرهما.

مثل صحيحة جميل، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل دفع الى رجل مالاً ليشترى (يشترى يب - ثل) به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به عبر

(١) وفي علة نسخ مخطوطة هكذا: نعم الذي واضح أنه لا بد من دخول الشجرة نقداً (نقد - ح) مثال ذلك لا يتوقف (ولا يتوقف - ح) عليه الاسترباح بالتجارة، فليس معلوم شرط معين، كما أنه يصح بغير اشتراط، فهو بمنزلة ان يشترط نوع خاص للاسترباح (الاسترباح - غ) فتأمل

(٢) الى هنا كلام التذكرة (ج ٢ ص ٢٢٤).

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٤ - ١.

الذي امره، قل: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط (١) والروايات كثيرة، وهي أصحها، وكأن (كأنه - خ) لا خلاف فيه.

وفيه شكال، لأنه قد مر مراراً أن القراض بمنزلة الوكالة، فإذا لم يكن (كان - خ) وكيلًا في شراء عين معينة كيف يصح ذلك، وكذا في الشراء في جهة معينة أو عن شخص معين، وقد قال (قالوا - خ) في الوكالة لا يصح ذلك، وكيف يستحق ربح عمل لم يكن ماذوياً فيه، ولم يقارض عليه، ويكون آثماً فيه ضامناً، فتأمل.

ويمكن تأويل الروايات، بأن يقال: المراد مع الرضا بما فعل (وتجوز - خ) مقدرضة على تقدير جواز الفضولي، أو محمولة على صورة يكون معلوماً أن غرض المالك من الأمر إلى جهة والبيع على شخص أو شراء شيء معين والتهني عن غير ذلك - صحة البيع مع الوقوع وبقاء القراض - إلا أن ذلك عبر الأولى، ومادكره أولى، أو (و - خ) أنه حيثئذ يكون ضامناً، فكأنه قال: قارضتك على النصف مطلقاً في جميع ما هو مصححة القراض، ولكن لا منع في السفر وعلى ريد مثلاً، ولا يشترى المتاع الغلاني، بمعنى أنني ما أنا برارض على كونه قراضاً مشروعاً بأصل الشرع، وهو الذي يقتضي عدم الضمان، وكون القارض المضارب أميناً مقبولاً قوله مطلقاً، بل مضارباً ضامناً هنا هذا مثل ما قيل إن الإجارة في الحج للأفرادي مثلاً يجوز معها العدول إلى غيره من التمتع، لا اعتقاده أنه أفضل ولهذا عين، فتأمل.

وكان أصحاب حملوا قول المالك، قارضتك إلى آخره، ولا تبع من زيد مثلاً مطلقاً محمولاً (٢) على ما قلناه، كما هو ظاهر الروايات.

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٩.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب إسقاط كلمة (محمولاً).

وكأنه غير بعيد، لأن ظاهر قارضتك جواز القراض مطلقاً، وعلى أي وجه كان، والمنع عن البيع على شخص معين لا ينافي ذلك، لاحتمال كون النهي للضمان ولغرض آخر، مع صحة القراض على حاله، فإنه قد فهم جوازه وصحته مطلقاً، وعلى أي وجه كان، والمنع عن البيع على شخص معين، مثلاً لم يناف ذلك، بامر، فيحكم بصحة العقد، مع العمل بالنتهي، والامر، بحيث لا يبق منافات أصلاً، كما قيل: ان النهي في المعاملات لا يدل على الفساد، لعدم المناقات، لاحتمال كون الغرض من النهي محض الاثم، لاعدم صحة لمعاملة ايضاً. وهذا عاية ما يمكن توجيه كلام الاصحاب والروايات، فو لم تكن كثرة الروايات انصححة مع عملهم بظاهرها (١)، لا يمكن التصرف بغير هذا لوجه، بل بما تقدم، او (يحمل - خ) على ان المراد بالترج في الروايات ربح اذ حصل فيما امر، لا في المنهى عنه.

لكنه بعيد في كثير منها بل في بعضها لا يمكن،.

مثل رواية ابي بصير، عن ابي عبدالله عليه السلام، في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة، وينهاه ان يخرج به الى ارض اخرى، فعصاه، فقال: هو له ضامن، والترج بينهما، اذا خالف شرطه وعصاه (٢).

وقريب منها ما في رواية الكشائي، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام، عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به الى الارض، وينهى (هي - ح) ان يخرج به الى ارض غيرها، فعصى فخرج به الى ارض اخرى؟ فقال: هو ضامن، وان سلم فريج (ورج - خ) فالترج بينهما (٣).

(١) وفي بعض النسخ بعد قوله: (الصحيحة) المحمولة على ما قالوه بالانعاق لأمكن الحج.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ١٠.

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٦ وفيه بعد قوله عليه السلام (إلى ارض اخرى)

ولعل في الرواية (الروايات - خ) إشارة إلى ما قلناه أن المقصود صحة المضاربة عموماً أو (و-خ) الضمان في المخالفة.

مثل صحيحة رفاعه بن موسى، قال: سمعته، يقول: المضارب يقول لصاحبه ن انت ادنته (ادبته - خ) او أكلته فانت له ضامن قال: فهو ضامن (يضمن) إذا خالفه (١).

فكان لمرد بمخالفته ما شرط مثل الاكل وغيره.

وكذا يشعر به سائر الروايات، مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربه له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء، ألا ان يخالف امر صاحب المال (صاحبه - خ) فان اللعاس كان كثير لمال، وكن يعطي الرجال يعملون به مضاربة، ويشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد، ولا يشتروا كبد رطبة، فان خالفت شيئاً مما أمرتك به، فانت ضامن المال (للمال - خ) (٢).

والاشعار غير خفي، وفي المتن شيء. وله الربح.

قال: (الركن - خ) الخامس في الربح، قال في التذكرة: وشروطه أربعة الأولى اختصاصه بالمتعاقدين، فلو شرط بعض الربح لغيرهما لم يصح، سوء كان قريباً أو بعيداً، كما لو قال على ان يكون لك ثلث الربح ولي الثلث ولزوجتي او لابي لثلث الآخر او للاخني (لاجنبي - خ) الثلث الآخر، ويبطل القراض، لأنه ليس بعمل ولا مالك للمال اما لو شرط عمل الثالث فانه يصح ويكون في الحقيقة

مطلب المال؟

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٨ وفيه. فهو له ضامن اذا خالف شرطه، ورواه في تهذيب كما في الوسائل ايضاً مسنداً عن رفاعه عن أبي عبدالله عليه السلام.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٧.

وهي جائزة من الطرفين، لكل منهما فسخه، وان كان بالمال عروض.

هنا عاملان لواحد (١).

كأنه لاخلاف في ذلك.

ثم قال: الشرط الثاني ان يكون الربح مشتركاً بينهما، فلو شرط ان يكون جميع الربح للمالك، بان يقول: قارضتك على ان يكون جميع الربح لي فسد القراض، وبه قال الشافعي لمنافاة الشرط مقتضى القراض، فان مقتضاه الاشتراك في الربح لان اسحاق بن عمار سأل الكاظم عليه السلام عن مال المضاربة قال: الربح بينهما والوضيعة على المال (٢).

لثالث (٣) ان تكون الحصة لكل منهما معلومة.

والرابع ان يكون العلم به من حيث الجزئية المشاعة كالتصاف او الثلث والكل مما لاخلاف فيه، وجهه ظاهر، لانه مقتضى القراض المقرر عندهم. قوله: وهي جائزة من الطرفين الخ. اذ قد عرفت انه وكالة وبعد حصول الربح يصير شركة، وهما جازان.

والظاهر ان لاخلاف في عدم لزومها، فهي مختصة من بين العقود بالجواز فيخصص دليل لزومها بدليل جوازها، فلكل منها فسخ العقد. وان كان بالمال عروض، أي وان كان المال الذي يصاربه عروضاً غير النقد المسكوك الذي وقع العقد عليه.

وليس لصاحب المال تكليف المضارب بانضاض المال أي صيرورته مثل النقد الذي كان وليس له أيضاً أن يقول للمالك اصبر حتى ينقضي (٤) المال، وهو ظاهر.

(١) الى هنا كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٣٥.

(٣) يعني الشرط الثالث.

(٢) لوسائل الباب ٣ من ابواب المضاربة الرواية ٥.

(٤) في بعض النسخ: حتى لا ينقض.

ولا يلزم الاجل، ويشمر المنع.
ولا يتعدى العامل المأذون، فيضمن لو خالف، أو أخذ ما يعجز
عنه، أو مزج المال بغيره بغير إذن.

قوله: ولا يلزم الاجل الخ. أي لو قال: ضاربتك سنة، لا يلزم هذا العقد
مدة لاجل، بل يصح فسخه قبله، كما في غير المؤجل.
وفائدة ذكر الأجل عدم جواز التصرف والعقد بعد الأجل، وهو فائدة ذكر
الأجل فيشمر الأجل في المنع، أي منع التصرف بعد المدة.
قوله: ولا يتعدى العامل الخ. يعني أن المضاربة بمنزلة الوكالة، فلا يجوز
التعدي عما عين للمالك، وإذن فيه، فيضمن لو خالف، لأنه خرج عن لأمانة، بل
صار غاصباً، ويده يد عاد.
وكذا لو أخذ بالمضاربة مالاً كثيراً يعجز عن أعماله ومضاربه وحفظه، على
ما هو مقتضى الشرع والعرف مع جهل المالك وأما مع علمه فكان مجوزاً له التفويت،
فلا يكون القابض متعدياً وضامناً.
وعلى تقدير لضمان يتحمل أن يكون ضامناً للجميع، كما هو ظاهر
العبارات، لأن وضع يده حينئذ على الجميع غير مشروع وقد (١) الزيادة التي لم
يقدر على حفظه فقط.
والاصل يقتضي ذلك مع منع عدم مشروعية وضع اليد على الجميع ون
عدم القدرة أنها هو على تلك فقط، فلا يتعدى النع الى غيرها.
ويمكن أن يقال: أن كان الكل بعقد واحد فلا فرق، لأن وضع اليد
حينئذ على الكل مجموع، فيكون ضامناً له.
ون كان بعدين (بغيره - خ) فصاعداً، يبطل العقد الآخر المشتمل على

ولا يؤثر في الاستحقاق.

واذا اطلق تولّى مايتولاه المالك ، من عرض القماش ونشره
وطيه واحرازه وقبض الثمن.

الزيادة، ألا ان يمزج فيضمن الكل، من جهة المزج وعدم القدرة.
ولافرق بين الاخذ بالتدريج وعدمه بعد اتحاد العقد، وان وضع اليد على
الكل مع اتعده يوجب (١) ضمان الكل والترحيع لضمان الثاني ظاهر.
فقول الشهيد الثاني في شرح الشرايع محل التأمل. وكذا يضمن لو مزج مال
لقراض بغيره من غير اذن المالك، وهو ظاهر.

قوله: ولا يؤثر في الاستحقاق الخ. لا يؤثر تعدي العامل عما شرع له
وجوز. ، سواء كان بالتعدي عن المأذون، او اخذ مايعجز، او المزج مطلقا، في
استحقاق المالك الربح فقط، وعدم استحقاق المضارب الربح، بل يربح ويصير
صامما.

وهو اشارة الى القصد وتفصيل ما قلناه في بيان شرط العمل، فتأمل.
فإن القول بعدم جواز التعدي ولزوم الشرط وتحريم التجاوز عما (مما - ح)
عنه المالك وصورته مضاربة خاصة - كما صرح به في التذكرة وشرح الشرايع
وغيرهما - لا يجتمع مع صحة العقد في صورة التعدي المفهوم من كون الربح بينهما،
فهو مشكل جداً.

ولكن هو مفهوم الروايات الصحيحة الكثيرة، وغير معلوم الخلاف فيه
(عه - ح) فلا بد من التأويل، وقد أولنا تأويلات، فتذكر وتأمل.

قوله: واذا اطلق تولّى الخ. قد عرفت أنها بمنزلة الوكالة المطلقة، فيعمل
بمقتضاها، ولا يخرج عن العرف.

(١) في بعض النسخ المخطوطة: هكذا. ومجرد وضع اليد على الكل مع التعدي لا يوجب ضمان الكل.

واستيجار ما جرت العادة له، ولو عمله بنفسه لم يستحق أجره.
كما أنه يضمن الأجرة لو استأجر للأول.
ويبتاع المعيب، ويردُّ به، ويأخذ الارش مع الغبطة.
والإطلاق يقتضي البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد.

ولاشك أن إطلاق العقد يقتضي جواز عرض القماش ونشره وطيه (١) وحفظه وقبض الثمن، فإنه هنا مخالف للوكالة في البيع فقط من غير قرينة، فإن كون العقد قراضاً قرينة على الإذن في القبض بل صريح في ذلك، كما أنه صريح في البيع، لأن التجارة - من غير القبض والتسليم - غير ممكن عادة، وهو ظاهر.
قوله: واستيجار ما جرت العادة له الخ (٢). دليله العادة، وصرف العقد اليها، ولكن لو لم يستأجر وعمل بنفسه ماله أن يستأجر (له - خ) عادة لم يستحق الأجرة، لأنه خلاف العرف والعادة، كما أنه لو استأجر للامور التي جرت العادة بفعله بنفسه التي ذكرت أولاً، مثل عرض القماش، لم يكن من مال القراض، بل يكون هو ضامناً للأجرة.

ويبتاع المعيب الخ. يعني يحوره شراء المعيب، بخلاف الوكيل في الشراء فقط، فإنه ينصرف إلى الصحيح عرفاً، إذ الغرض تحصيل المبيع (بيع - خ) غالباً (و - خ) على الظاهر، وفي المضاربة الغرض تحصيل الربح، وقد يكون الربح (ذلك - ح ل) في شراء المعيب، وله أيضاً أن يرده المعيب، أو يأخذ الارش في صورة حوارهما مع الغبطة في ذلك أي المصلحة.

وبالجملة، هو منصوب لمصلحة الربح، وهو مأذون في ذلك، مع مراعات المصلحة.
قوله: والإطلاق يقتضي البيع الخ. إذا أطلق له العقد مضاربة، له أن

(١) في بعض النسخ المخطوطة: (وصله) بدل (طيه).

(٢) في بعض النسخ واستيجار ما جرت به العادة.

والشراء بالعين، فيقف على الاجازة لو خالف.

يبيع بالنقد، لا بالنسيئة، فإنه بمنزلة الوكالة، وأنه لا مصلحة في النسيئة، لاحتمال حوادث الرمان وتلف المال، فما لم يصرح به لم يجزله وضع ماله في معرض التلف، وان كان عدم كونه مثل الوكالة في جميع الاحكام، كما تقدم، وكون المقصود هنا هو الربح يقتضي جواز النسيئة، اذا كان الربح فيه مع المصلحة، الا أنه لما كان في معرض التلف، قالوا لا مصلحة فيه، فتأمل فيه.

وكذا لا بد من كونه بثمن المثل، وهو ظاهر، فإنه لا يجوز البيع باقل من ثمنه، كما هو للوكيل ايضاً.

ولكن يمكن ان كان مما يتسامع به، يجوز خصوصاً في المضاربة، اذا اقتضت المصلحة، بان يباع ويشترى حينئذ ما يمكن ان يبيع بالربح الكثير. وقد يتخيل جواز بيعه باقل من ثمن المثل زائداً على القدر الذي يتسامع عادة لتحصيل (ليحصل - خ) مثل هذا الغرض، للعلم بان المقصود تحصيل الربح ورعاية المصلحة، وهو مع البيع كذلك فرضاً، وكذا الكلام في نقد البلد الذي جاز البيع فيه.

وقد قوى في شرح الشرايع حواز العقد بغير نقد البلد مع المصلحة، واظن مع النسيئة ايضاً ينبغي، بل بعير ثمن البتل معها، لما مر، ولا يضر احتمال التلف في النسيئة، فتأمل.

وكذا الظاهر الجواز بالعروض قال في التذكرة: في الحقيقة ان المضاربة نوع وكالة، وان كان له ان يتصرف في نوع مما ليس للوكيل التصرف فيه تحصيلاً للعائدة، فان له ان يبيع بالعروض، كما له ان يبيع بالنقد، بخلاف الوكيل فان تصرفه في البيع انما هو بالنقد، وقرره ايضاً في القواعد، بعد التردد، فتأمل.

قوله: والشراء بالعين الخ. لأنها المال المضارب به، والموكل في المعاملة (المقابلة - خ) به، فإنه ليس بوكيل بان يشتري له شيئاً ويبيع، بل يشتري هذه

ولو اشترى في النعمة ولم يضيف، وقع له.
وتبطل بالموت منها، والخروج عن اهلية التصرف.

الاعيان (١) وان حصل ربح يشترك معه، فلو اشترى في ذمة المالك وقف على الاجازة، لأنه ليس بوكيل فيه، فيكون فضولياً، فعلى تقدير جواز الفصولي يكون موقوفاً، والآ يكون باطلاً.

ويحتمل أنه لما صار في العرف أن يشتروا شيئاً، ويقصدوا الأداء من مال بعينه، فكأن عقد المضاربة تقتضي تلك الوكالة ايضاً، فإما ان يشتري بالعين، او في النعمة بمعنى ان يقصد الآن ادائه من مال المضاربة، فتأمل.

اذ قد لا يفهم ويتلف قبل الاداء لمانع غير اختياري او اختياري فيشغل ذمة

المالك ويحصل عليه الضرر

قوله: ولو اشترى في النعمة الخ. أي لو اشترى المضارب شيئاً في النعمة،

لا بالعين المضارب بها، ولم يضيف العقد لا إلى نفسه، ولا إلى المالك وقع الشراء له بحسب الظاهر، بل الباطن ايضاً، ألا أن يكون قاصداً غير ذلك، فيعمل بمقتضاه بحسب نفس الأمر، وان عمل معه بحسب الظاهر، وان اضاف إلى نفسه فهو له، وان اضاف إلى المالك، فيكون موقوفاً على الفصولي وباطلاً على (في-خ) غيره.

قوله: وتبطل بالموت الخ. يعني أنه قد علم أنه توكيل، فيبطل بموت كل

منها، كالوكالة، ولأن بالموت يمحى المال عن ملك المالك، ويصير للورثة، فلا يجوز التصرف بالأذن الذي كان من (في-خ) المورث، بل لابتداء من اذن الوارث.

ولأن المأدون له (٢) كان المضارب لا وارثه، فلا يجوز التصرف لغيره إلا

بأذن حديد، وهو معنى بطلان القراض، فيقتسمون الربح ان كان، ويتصرف من

(١) في ذمة من النسخ، بل بيع هذه الاعيان ولعل الصواب: بل يشتري هذه الاعيان.

(٢) يعني عند موت المضارب.

وينفق في السفر كمال الثقة من الاصل، ويقسط لو ضم.

حصل له الاذن من المالك.

قوله: وينفق في السفر الخ. أي يخرج العامل جميع نفقة المحتاح اليها في السفر الذي يسافر فيه للتجارة، مادام كونه في السفر (للتجارة - خ)، سواء كان مقيماً في بلد اقامة عشرة لها ام مسافراً لها في الطرق، وسواء كانت التجارة الى سفر قريب دون المسافة ويكون سفرأ عرفياً او لغوياً لاشريعياً (او بعيداً - خ) وسواء كانت زائدة على نفقة حضره او ناقصة او مساوياً وجميع ما يحتاج اليه من الأكل والشرب لنفسه ودوابه وعتاله وآلة ملك حتى القرب والحواليق (لها - خ) دأخه فيها.

لأنه بعد انتهاء السفر يكون من المال، والنفقة تخرج من المال، فان كانت (كان - ح) بعيرها شيئاً (١) من الرّيح يقسم وآلاً فلا وسواء حصل ربح ام لا فيكون حينئذ كلها من (عن - خ) اصل رأس المال.

ولكن مؤنة موته ومرضه تكون من نفس ماله، اذ لا دخل للسفر فيه، إلا أن يكون معسوماً أنه لو كان في بلده لم يكن يمرض او مؤنة مرضه يكون في الحضر وبنده او خص، فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضاربة، وسواء شرط كون النفقة من الاصل او اطلق، وفائدة الشرط حينئذ التأكيد والخروج من الخلاف، فإنه قيل نفقته مطلقاً منه خاصة (٢).

وقيل الزائد على الحضر (٣) من رأس المال والمشارك على نفسه، لأن الزيادة هي الحاصلة بالسفر، اذ لو كان هو في بيته (نفسه - خ) لكان له نفقة ماله. والمشهور هو الاول، ويدل عليه صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب شيء بالصم لا بالفتح.

(٢) في بعض النسخ من حاضره نفسه.

(٣) هكذا في نسخة واحدة وفي أكثر النسخ (عن السفر) والصواب ما انشاء.

ولا يصحّ إلا بالاثمان الموجودة المعلومة القدر المعينة.

عليهم السلام، قال: في المضارب (المضاربة - خ) ما اتفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما اتفق فن نصيبه (١).

وما للعموم فلا وجه للثاني، والثالث لا يخلو عن وجه (٢) لكن يرده الرواية، على أنه وإن كان له نفقة من ماله، إلا أنه حينئذ عمل للمالك، فكأنه كالأجير له، ونفقته على المستأجر، مع اقتضاء العادة، مع أنه لو لم يكن أجيراً له لكان نفقته في ماله.

وبالجملة ليس دليل (٣) خصوصاً مع معارضته بالشهرة، والرواية لمعمولة (قيل - خ) لصحيحة، مع عدم ظهور الخطأ.

نعم لو شرط سقوط النفقة وكونها (يكون - خ) لنفسه يتبع، للشرط، وتخصيص من الرواية، لدليل، ويسقط النفقة على المال الذي يسافر به.

فإن كان بعضه له وبعضه لغيره على النصف، فالنفقة كذلك، وكذلك إن كان لاثنتين غيره، وهكذا.

قوله: ولا يصح (٤) بالاثمان الموجودة الخ. قد مر هذا الشرط، وسائر الشروط مفصلاً.

وقد يفهم اجماعنا في التذكرة على عدم جواز غير النقد المضروب، حيث قال: الأول أن يكون من النقيدين دراهم ودنانير مضروبة (مضبوطة - خ) ومنقوشة، عند علمائنا (٥) فإن كان مثل هذا صحيحاً (كما هو - خ ل) فلا اشكال في النفقة

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب المضاربة الرواية ١.

(٢) في عمدة من النسخ. ولا وجه للثالث والثاني لا يخلو عن وجه، والصواب ما اتبعناه.

(٣) في بعض النسخ: ليس ذلك دليلاً.

(٤) هكذا في جميع النسخ، والصحيح، ولا يصح إلا بالاثمان الموجودة، كما في المتن.

(٥) إلى هنا كلام التذكرة.

ولو (وان-خ ل) كانت مشاعة، فلو قارضه بأحد الالفين
او بالعروض او بالمشاهد المجهول

والأ فاشكال (١).

بل ينبغي عدم الاشكال في الجواز لعموم ادلة القراض (مثل اوفوا،
والمسلمون عند شروطهم-خ) وتسلط الناس على اموالهم، ولا يفسر عدم الاجماع،
وكون القراض على خلاف الاصل، ان سلم، فتأمل.

وكذا علم الجواز بالمال المشاع مع بقاء الشرائط، لعموم الأدلة، وحصول
الشرائط، وعدم المانع، سواء كان المضارب هو الشريك او غيره.
ودليل (وان-ح) عدم الجواز بأحد الالفين مثلاً كآه الاجماع والجهالة في
الحملة.

ولكن كونه مضرراً غير ظاهر، وعموم الادلة يفيد الجواز
(وان-خ) دليل عدم جوازه بالعروض، كآه الاجماع المفهوم من عبارة
التذكرة المتقدمة. وأما دليل عدم الجواز بالمشاهد المجهول، كآه الجهل (٢) ونقل عن
الشيخ قولاً بالجواز وأنه مع الاختلاف وعدم اليقينة القول قول العامل مع اليقين.
بل نقل (٣) عنه قولاً بالجواز في الجراف، وان لم يكن مشاهداً وأنه قواء في

(١) معنى العبارة: ان كان الاجماع النظمي في التذكرة صحيحاً، فلا اشكال في عدم صحة مصاربة في
النفقة وان لم يثبت الاجماع بالاشكال، ووجه الاشكال ما ذكره في المسالك. عند من المصنف. وفي القراض
والنفقة تردد. وهذا لعملة: ومشا التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذين هما موضع الاتفاق، ومن مساواتها
له في المعنى، حيث أنها من النفدين، ولأنها ذاتها فتمش وبمحو، وانصاف فيحتاجها، وصالة الجواز انتهى.

(٢) وفي بعض النسخ هكذا: وشارح الشرايع نقل عن الشيخ قولاً بالجواز وهذا النقل موجود في
المسالك، فراجع.

(٣) قال في المسالك: وحكى في المختلف عن الشيخ القول بجواز المصاربة بالجراف، من غير تقييد
بالمشاهدة، وقواء في المختلف.

او بالفلوس او بالنقرة (١) على اشكال، او بالمغشوشة او بالذنين
وان كان على العامل، او بضمن ما يبيعه، لم يصح.
ويصح بالمغصوب، ويبرأ بالتسليم الى البائع.

المختلف محتجاً بالاصل، وبأن المؤمنين عند شروطهم (٢).
فاذا لاجماع ولا دليلاً واضحاً على المنع، فالقول به لعموم الادلة غير بعيد،
وان كان خلاف المشهور والاحوط (العلم و-خ) التعمين.
وكأن دليل عدم الجواز بالفلوس هو الاجماع، فانه عروص اذا المراد به
(بها-خ) غير التقدين المنقوشين المتقوم بهما.
قال في التذكرة: وأما الفلوس فلا يجوز القراض بها عندنا، جزم هنا بعدم
الجواز على النقرة، محتجاً بانها والتبر مقومان (٣) وفي الكبرى منع.
وأما المغشوشة فالظاهر أن لا مانع من الجواز فيها، لما تقدم، وعدم صلاحية
الغش للممانعة، إلا ان يكون غير معلوم، ولا يعامل بها وحينئذ لا يجوز لذلك.
وأما عدم الجواز بالذنين فدليله، كآته الاجماع.

قال في التذكرة: ولا يجوز القراض بالذنين، ولا نعلم فيه خلافاً، ولا فرق في
ذلك بين كونه في ذمة العامل وغيره، لأنه غير متعين مملوكاً لصاحبه، لأن في ذمة
العامل أمر كلي غير متعين من امواله (وقد مرّت رواية السكوني (٤) الدالة على منع
وما فيها فتد كرخ)، ومنه يعلم عدم الجواز بضمن المبيع بالطريق الأولى، لجهالة الثمن ايضاً.
قوله: ويصح بالمغصوب الخ. أي يصح القراض بالمال المعصوب للمالك
على الغاصب وغيره، اذا كان موجوداً معيناً حاضراً، لحصول الشرايط، وعدم المانع

(١) أي النقطة من الذهب والفضة، كما في هامش بعض النسخ المخطوطة.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٠ من اجواب المهور حديث ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٣) يعني بقومان النقرة والتبر بالتقنين.

(٤) الوسائل الباب ٥ من ابواب المضاربة الرواية ١ (ج ١٣ ص ١٨٧).

والعامل أمين.

ويقول (يقدم - خ) قوله في التلف، وعدم التفريط، والخسارة،
وقدر رأس المال، والربح، ولا يضمن الآ مع التفريط، وقول المالك في عدم
الرد والحصة.

ويشترط في الربح الشيع.

فيجري فيه عموم الأدلة.

قال في التذكرة، صح عبدا لاستجماع شرائط الصحة، فيشعر بالإجماع.
ثم إن الظاهر أنه إن كان المضارب هو الغاصب، فيبرد ذمته من الغصب بالعقد.
ويحتمل أن لا يبرأ إلا بالتسليم إلى بايع المتاع، فتأمل.
ربح الأول في التذكرة بأن سبب الغصب والضمان هو التعدي، وقد زان
بالعقد، فتأمل.

واختار في المتن الثاني، للاستصحاب، وعلى اليد ما أخذت (١) وليس محذور
العقد تسليماً، ويبرأ ذمته إذا لامنافاة، فتأمل.

وما إذا كان غيره، فالتسليم إلى العامل باذن المالك.

قوله: والعامل أمين الخ. قد مر تفسيره، ودليله واضح.

ويتمتع عليه جميع ما ذكره - إلى قوله - وقول المالك في عدم رد والحصة،
لأن الأصل عدم الرد وبقائه بيد العامل، ولأن الحصة من الربح ثناء مال المالك،
والأصل كونه له تابعا للأصل حتى يتحقق (خلافه - خ)، فالعامل مدع عليه
الشيء، فيقول قول المالك مع الأمين، وهو ظاهر.

قوله: ويشترط في الربح الشيع. أي كون كل جزء جزء مشتركاً، وقد

(١) سنن أبي داود ج ٣ باب في تضمين العارية ص ٢٩٦، العوالي ج ٣ ص ٢٤٦ و ٢٥١ وراجع حاشيتها.

فلو شرط اخراج معين من الربح، والباقي للشركة، بطل.
وتعيين حصة العامل.
ولو قال: الربح بيننا فهو تنصيف.

مر دليله، وهو أن غير الشباع حارج عن مقتضى المضاربة.
وكأنه لاحلاف في هذا الشرط، وكونه داخلاً في مفهوم المضاربة.
ويتبرع عنه قوله: (فلو شرط الخ)، وهو ظاهر، ولأنه قد لا يحصل إلا ذلك،
ولا يبقى إلا حشياً، والاتفاق على البطلان حسنة.
وكذا يبطل لوجعل الربح للعامل فقط، أي لم تكن مضاربة صحيحة، بل
مضاربة باطلة، فيكون له اجرة المثل، والربح للمالك، أو يكون قرصاً فيكون الربح
له، فإن قصد شيئاً منها، وعلم يتبرع، والأمان قال: حذره قرصاً ولربح لك،
يحتمل أن يكون قرصاً باطلاً وقرصاً (١)، وإن قال: خذ الربح لك، بغير عطف
قرص، يكون قرصاً، هكذا يفهم من كلامهم.
والظاهر أنه لا ضمان، ولا يكون الربح له ولا للمالك، بل يكون الشراء
وسداً وموقوفاً، فتأمل.

وإن قال: ولربح لي فهل يكون قرصاً أو بضاعة؟ الظاهر أنه بضاعة
مطلقاً، وليس بعامل آخرة، لأنه متبرع، وهو ظاهر، وقد فصل فيه التمهيد
المتقدم، فتأمل.

قوله: وتعيين حصة العامل الخ. قدم دليله أيضاً، وهو الجهل الموجب
للبطالان (لولا ح) فكأنه لاحلاف فيه أيضاً.

قوله: ولو قال: الربح بيننا الخ. كون مقتضى ذلك كون الربح على
الصف، هو ظاهر، لأن الظاهر أن معنى جمع ما ربح بيننا، فإذا كان كـ

(١) يعني ويحصل أن يكون قرصاً.

ولو شرط حصة لغلّامه صحّ، وإن لم يعمل.
ويشترط في الاجنبي العمل، ولو قال: لكما نصف الربح
تساويا.

جرء بينهما، فيدرم المباشفة، وكأنّ هذا ممّا لا خلاف فيه، كما قالوا في الوصية، اذا
قال الموصي: هذا لهما، ونحو ذلك.

قوله: ولو شرط حصة الخ. لو شرط المالك حصة من الربح له - وحصة
لغلّامه، وإن لم يعمل هو اصلاً، بل العامل فقط، وحصة اخرى للمضارب مشاعاً -
صحّ، ولزم، للاصل، وعموم ادلة هذا العقد، مثل المسلمون عند شروطهم (١) مع
عدم المانع، إذ ليس الاّ كون الحصة لغلّامه مع عدم العمل، فيلزم اخذ حصة من
غير مال ولا عمل، وهو باطل اجماعاً، ولهذا لم يصح جعل حصة لاجنبي بلا عمل،
ومع العمل يرجع الى كون العامل اثنين.

وهو لا يصح للمانعية، لأن حصة الغلام هو حصة للمالك ايضاً، كأنه
حمل للمالك حصته وحصة غلامه (لغلّامه - خ)، والباقي للعاس، فإن مال الغلام
المملوك له.

وهذا - على تقدير القول بعدم تملك المملوك اصلاً - ظهّر، وكذا مع حواز
تمسكّه في الجملة، فإنّه لا يملك الاّ مع تمليك، او فاصل الصرية ونحوهما
(نحوها - ح) وليس هذا منهما، وإن قيل انه يملك بجميع اسبابه مثل الحرّ، فهو كالاجنبي
الخ الاّ ان يكون مقصود المشترط كونه له لا للغلام، وإن تملك، ويشكل ملكية الغلام
الحصة مع كون عمله لمالكه وكون الحصة عوض العمل، فتأمل.

والظاهر أنّه كذلك لو شرط حصة لغلّام العامل ايضاً، لعين مأمّر.

قوله: ويشترط في الاجنبي العمل الخ. يعني اذا جعل حصة لغير مملوك

(١) راجع الوسائل باب من ابواب الخيارات ج ١٢ ص ٣٥٢.

المالك والعامل، لأنه من اشتراط عمل له حتى يستحق بذلك الحصة، اذ لا مال له.

ولا فرق في ذلك عندما يبي كونه قريباً مثل الزوجة والولد والوحد، او بعيداً، ومع اشتراط العمل يكون راجعاً الى العاملين، فلا بد من تعيين العمل واحصة لها.

ولو قال لعاملين: لکم (لکما - خ) النصف ولي النصف، يكون لكل واحد الربع، وهو ظاهر، سواء تساويا في العمل او تفاضلا.

ويجوز التفاضل مع تساوي العمل وتفاضل (وان كان - خ) على عكس تفاضل الربح، للعموم، وعدم المانع، ولأنه يرجع الى اشتراط حصة كثيرة لعمل قليل، وبالعكس، وهو جائز مع التراضي.

فولم يشترط عليه العمل، مع اشتراط الحصة له يكون قراضاً باطلاً.

ويحتمل الصحة و(١) عدم اشتراط العمل، بعموم الأدلة، ولا مانع في الشرع والعقل من اخذ (احد - خ) حصة من الربح بلا عمل ومال، كما في اخذ الغلام مع القول بتملكه فان عمله للمالك ويأخذ الحصة لنفسه ويحتمل ان يرجع الى كونها ايضاً للمالك، لأنه نماء ماله (وهوله - خ).

وهو خلاف الشرط، ولأنه قد لا يحصل الا ذلك، فلا يبقى للأحرشي.

وكذا يبطل (٢) لو حمل الربح للعامل فقط - أي لم يكن مضاربة باطلة.

فيكون له اجرة المثل والربح للمالك، او يكون قرضاً فيكون الربح له.

فان قصد (٣) شيئاً منها، وعلم يتبع، والا فان قال: خله قراضاً، والربح

(١) الواو على مع.

(٢) يعني يبطل شرط حمل الربح للعامل.

(٣) يعني قصد المالك

وَمِلْكُ الْعَامِلِ حَصَّتُهُ بِالظُّهْرِ.

لث ، نَحْمِلُ اِنْ يَكُونُ قَرَضاً بَاطِلاً، وَ (١) قَرَضاً.

فَإِنْ قَالَ: حَدَهُ، بِغَيْرِ نَفْطَةٍ (قَرَضاً) يَكُونُ قَرَضاً، هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ.

وَالصَّهْرَانِي لَا صَمَالَ، وَيَكُونُ الرِّبْحُ لَهُ لَا لِلْمَالِكِ، بَلْ يَكُونُ الشَّرَاءُ وَاسِئاً وَمَوْقُوفاً. الْآنَ قَصِدُ الْإِذْنِ الشَّرَاءَ (بِالشَّرَاءِ - ح) لِنَفْسِهِ، وَمَا فُهُمْ عَدَمُ صَيْرُورَةِ لَرِبْحٍ إِذَا قَصِدَ تَصْرِقَهُ، لِنَفْسِهِ، فَتَأْمَلْ.

وَإِنْ قَالَ: وَالرِّبْحُ لِي (٢) فَهَلْ يَكُونُ قَرَضاً أَوْ بَضَاعَةً؟ الصَّهْرَانِي بَضَاعَةً مَطْفُوعاً بِضَاءً، وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَجْرَةٌ، لِأَنَّهُ مُتَرَجِّعٌ، وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَقَدْ قَصِدُوا فِيهِ اسْتَعْصِيلَ الْمُتَقَدِّمِ (الْمُقَدِّمِ - ح) فَتَأْمَلْ.

قَوْلُهُ: **وَمِلْكُ الْعَامِلِ حَصَّتُهُ بِالظُّهْرِ الْخ.** أَيُّ يَطْهَرُ الرِّبْحُ، فَإِنَّ الْمَشْرُوطَ (٣) لَهُ شَيْءٌ مِنَ الرِّبْحِ، وَقَدْ ظَهَرَ، فَمِلْكُهُ لِمَشْرُوطٍ، مِنْ غَيْرِ مَانِعٍ، وَهُوَ مُقْتَضَى أدَلَّةِ لِقَرَارِصٍ، فَتَأْمَلْ.

إِلَّا أَنَّ لَزُومَهُ يَكُونُ مَوْقُوفاً عَلَى سَلَامَةِ رَأْسِ الْمَالِ، حَتَّى يَبْصُرَ (قَبْضَ - ح) الْمَالِ وَ (أَوْ - خ) يَسْلَمَ إِلَى الْمَالِكِ.

كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى رَدِّهِ قَالَ: يَمْلِكُ بَعْدَ انْقِسَامِهِ أَوْ اسْقَاطِ (٤)، وَلِأَوَّلِ أَوَّلٍ، بِعَمُومِ أدَلَّةِ الْقَرَارِصِ، وَلَا يَمْلِكُ غَيْرُ مَوْجُودٍ، لِأَنَّ مَقَابِلَ الرِّبْحِ مِنْ عَيْنِ السَّلْعَةِ مَوْجُودٌ (٥) وَحَصَّتُهُ فِيهِ (مِنْ - خ) مَمْلُوكٌ بِهِ، وَيُؤَيِّدُهُ الشَّهْرَةُ.

قَالَ فِي شَرْحِ الشَّرَائِعِ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، بَلْ لَا يَكَادُ يَتَحَقَّقُ فِيهِ مَخْلَافٌ، وَلَا نَقْلٌ فِي كُتُبِ الْخِلَافِ عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِنَا مَخَالَفَةً (٦)

(١) بِمَعْنَى وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَرَضاً (٣) وَلَيْسَ الصَّوَابُ، فَإِنَّ الْمَشْرُوطَ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْخ

(٢) بِمَعْنَى أَنْ قَالَ: حَدَهُ وَالرِّبْحُ لِي. (٤) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ، وَبَعْدَ السَّخْرِ.

(٥) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ هَكَذَا. لِأَنَّ غَيْرَ مَقَابِلِ رَأْسِ الْمَالِ مِنَ السَّلْعَةِ مَوْجُودٌ.

(٦) فِي الْمَسَائِلِ، مَا يَخَالَفُهُ بَدَلُ (مَخَالَفَةٍ).

ولو شرط المريض للعامل ربحاً صح، ولو أنكر القراض وادّعى

ثم قل: ونقل الامام فخر الدين عن والده، أنّ في هذه المسألة أربعة أقوال،
الزّاع أنّ لقسمة كاشفة عن ملك العامل الخ (١). كأنّه (يملك - خ) للظهور
(بظهور - ح) ولكن لم يذكر للعامل يأخذ منها (٢).

ويؤيده أيضاً أنّه يورث ثومات العامل بعد الظهور قبل الانقضاء.
ويدل عليه صحيحة محمد بن قيس (في التهذيب) قال: قلت لأبي عبد الله
عليه السلام: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشتري أباها، وهو لا يعلم،
فقال: يقوم فإن (فذ - خ) زاد درهماً واحداً اعتق، وامتنع في مال الرجل (٣).
كأنّ محمد بن قيس هو الثقة، لأنّها اثنتان ثقتان، وهما مشهوران، ولهما
أصل ثبت، نقلهما عن الصادق عليه السلام، وواحد بمدح غير معنوم نقله عنه
عليه السلام وعلمه، وعلى تقديره تكون حسنة، وواحد ضعيف.

فيل ما نقل عنه عليه السلام فالضعف عنه متع ويحتمل محمد بن ميسر
ثقة، كما في الكافي (٤) وكأنّه لذلك قال في شرح الفوائد صحيحة محمد بن ميسر
بدل قيس، ولكن فيه: حسنته، لوجود إبراهيم بن هاشم، فتأمل.

قوله: ولو شرط المريض الخ. قد مرّ أيضاً أنّه يصح القراض عن المريض
في مرض موته، وإن كان الربح أكثر من اجرة المثل وفي المساقاة والمراعاة بحث، وفي
الفرق تأمل.

قوله: ولو أنكر القراض الخ. أي لو أنكر العامل القراض ودّعاه

(١) انتهى كلام المسالك.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: ولكن لم يذكر القائل بأحد منها.

(٣) انوسائل الباب ٨ من أبواب المضاربة الرواية ١ وبه: عن محمد بن ميسر (قيس - ح) وبها في

مجلس في موضعين الأول في كذب المضاربة عن محمد بن قيس والثاني في كتاب العتق عن محمد بن ميسر

(٤) وفي التهذيب أيضاً في الموضع الثاني كما علمناه.

التلف بعد البيّنة، او ادعى العلق في الإخبار بالربح، وبقدره، ضمن
أمّا لو قال: (ربحت - خ) ثم خسرت، او تلف المال بعد الربح قبل.

المالك، واثبته بالبيّنة - فقال العامل بعد ذلك انّ المال قد تلف قبل لدعوى -،
ضمن المال لأنّه حائن، فلا يقبل قوله في التلف حينئذ.
ويمكن ان يقبل قوله، ولم يضمن اذا اظهر لانكاره وحهاً وقد مرّ مثله.

وكذا يضمن الربح بل الاصل ايضاً، لأنّه حائن لو احرر ربحاً محملاً او
عين قدره ام لا، ثم قال: علطت وما ربحت شيئاً، او غلطت في تعيين المقدّر، فانه
كان أقلّ من ذلك، فيؤخذ باقراره، ولا يسمع الرجوع لادائه الى بطلان الاقارير
وعدم سماع الرجوع، كسائر الاقارير، فلا فرق في ذلك بين طهار وجهه يمكن ام
لا بحسب الظاهر.

ويمكن اعتباره اذ قد يظن انّ متاعه يباع بكذا وكذا، وهو اشترى كذا و
كذا، فظهر خلاف ظنه ومثله كثير، سواء بني في ذلك على سماعه من بعض
الناس وكان غلطاً، أو ظنّ ذلك وعلط، او كان كذلك وتغيّر سوق، ويكون
إخباره بالربح ومقداره باعتبار أنّه ان ناعه يحصل ذلك، فيكون من المجاز المشرفة.
فقول شرح الشرايع: ولا فرق بين ان يظهر للنحو الكذب وحهاً، كما لو
قال: كذبت لترك (١) المال في يدي ام لا، خلافاً لبعض العامة، حيث قبل قوله
في الاول، لأنّ ذلك واقع من بعض العاملين (٢) فتأمل (٣).

وأما لو ادعى الخسران بعد ان اعترف بالربح - او تلف المال بعده، وامكن
ذلك - قبل، لأنّه امين من غير ظهور خيانه، وقال ما يمكن، فيقبل، كما في غير هذه
الصور (الصورة - خ) وسائر من كان اميناً.

(٢) انتهى كلام شرح الشرايع

(١) في المسالك - لترك -

(٣) هكذا في جمع السج، والظاهر كون العبارة فيه تأمل بدل فتأمل.

ولو اشترى بالعين اب (ابا-خ) المالك بإذنه، فله الحرية،
وعتق، ولا فلا.

قوله: ولو اشترى بالعين أبا المالك الح. أي لو اشترى العامل مادن
المالك وعدمه بأ المالك، فلا شك في صحته بوجود الشرايط وعتقه على الأب كذلك،
لأنه شتراه بماله بعلمه ووكيله (١)، فيعتق عليه، كما اذا اشترى بنفسه أو وكيله غير
العامل، ولما كان العامل له ربح في عمله، وما كان متبرعاً في العمل. يكون له
حرية المثل (ان كان هنا ربح-ح) حيث امتنع اخذ الربح، هذا ظاهر المتن.
ويحتمل عدم شيء لأنه متبرع، اذا علم أنه لا يمكن اخذ الربح لعتقه،
ومع ذلك شترى، فهو متبرع في العمل كالوكيل الذي ما اشترط أحره ولا حصة،
ولأنه فانت الحصة ورأس المال قبل القسمة والانقضاء، بل قبل ظهور الربح،
فأنه انعتق بعد الشراء بلا فصل.

ويحتمل ان يكون له مقدار حصة (حصته-ح) من الربح، فيأخذ ذلك
المقدار من المالك، ان كان الاب ممتن اذا بيع بعد الشراء كان ربحاً (٢)، وألا فلا
إذ إقدهم بشراء اب المالك الذي ينعتق حصة المالك الذي هو لولد
(عليه-خ) (٣) لا ينافي تملك حصته من الربح، ولما حكم بعتقه وعدم امكان
اخذ الحصة منه. ينتقل الى عوضها.

من يحتمل عدم شيء اصلاً بناءً على تملك الحصة بالانقضاء والقسمة،
ان كان الشراء بجميع المال، وألا يضمن المالك حصته بعد القسمة.
ويمكن تملك نفس الحصة، وبقيائها على ملكه مع القول بتملكه بالظهور

(١) في بعض النسخ المخطوطة هكذا لأنه اشتراه بما له ووكيله.

(٢) والصواب. كان له ربح.

(٣) وفي هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: وفي نسخة، اد اقلعه بشراء المال الذي يعتق على المالك

الذي هو الولد لابن أبي الح

ولو اشترى زوج المالكة (بالعين-خ) باذنها، بطل النكاح، والآ
بطل البيع.

على تقدير وجود الرّبح، فإن الرّبح حينئذ ظاهر، وهو مالك، ولم يعدم عتق الاب
كله في مثل هذه الصورة.

إلا ان يقال بالتسرية مع شرائطه، فيتوخه على المالك عوض الحصة،
فتأمل.

هذا اذا اشترى مائه عالماً بأنه اموه وينعتق عليه ويلزم (لزم - ح)
لعوض.

أما اذا اشترى بغير ادنه عالماً، فيمكن بطلان البيع، بناء على لقول بعدم
الفضولي، لأنه بمزلة الوكيل، وفعله مشروط بمصلحة المالك، وليست هاهنا.
وبحتمل الصحة والعتق، كما تقدم، لأنه اذن في القراض، وهو من افراده،
خصوصاً اذا كان العامل جاهلاً.

وكأنّ الاول (١) أولى، لأنّ الأب لم يدخل في ملكه مطلقاً، ويكون موقوفاً
على الاجازة، على القول بالفضولي، فع الرضا والقول بالصحة يكون حكمه ما تقدم
في صورة الاذن.

وحكم غير الاب حكمه متن ينعتق عليه.

قوله: ولو اشترى زوج المالكة الخ. أي لو اشترى لعامل بعين مال
المالكة زوجها باذنها عالمة، بطل نكاحها، لأنّ البيع صحيح بموم الأداة لمقتضية،
وعدم المانع.

وبعبارة أخرى بطل البيع وبقي النكاح، بناء على عدم جواز الفضولي، فقوله:
بطل البيع، غير مناسب لنفسه، لأنّ مذهبه حوازه فكانّه يريد بلبطلان عدم

ولو اشترى أبا نفسه، عتق، ما يصيبه (نصيبه - خ) من الربح، ويستسعى العبد بالباقي (في الباقي - خ).
ولو اشترى جارية جاز له وطبها، مع إذن المالك بعده، لاقبله، على رأي.

الرجوع، ويحتمل الرجوع، فتأمل.
ويجيء احتمال الصحة حينئذ، لما تقدم، من غير توقف على رضاها، فإنها أدنت لشراء للقراض مطلقاً، مع مصلحة الربح، لما مر، وهو مذهب بعض، وهو بعيد، إذ رضاها لا بد في البيع، فانه لما فع عدمه قبل، وبعد، لا يصح.
قوله: ولو اشترى أبا نفسه الخ. أي لو اشترى العامل أبا صاحبه البيع مطلقاً، للعموم، فإن كان فيه ربح يمتق ويستسعى الأب في الباقي للمالك.
ودليله الرواية المتقدمة (١) في مسألة يملك (تملك - ح) العامل الحصة بالظهور وهي مع فتوى العلماء بل عدم الخلاف دليل تملكه بمجرد الظهور.
ويحتمل الاشتراط بعلم العامل، بل مادن المالك وعلمه أيضاً، إذ يحصل هنا شيء ليس ذلك مقتضى رضاه بالقراض، وهو (أنه يلزم - خ) ثبوت المال في عين أبي العامل، مع وجوب نفقته عليه حتى يسعى، ويحصل، وقد لا يحصل وعلى تقديره يعطى ويبقى ماله غير انتفاع، بل في معرض التلف بمؤنه ونفقته، مع كون غرضه الأمان، وتحصيل النفع، ولكن الرواية والعبارة عامة، فتأمل.
قوله: ولو اشترى جارية الخ. قال في التذكرة: إذا اشترى (لعامل - التذكرة) جارية لم يجز له وطؤها، لأنها ملك لرب المال، إن لم يكن هناك ربح، وإن كان (هناك - خ) ربح، فهي مشتركة على أحد القولين، إذ له حق، وليس لأحد الشريكين وطء الجارية المشتركة.

(١) راجع الوسائل الباب ١٨ من أبواب المضاربة الرواية ١.

فان وطؤها المعامل، ولا ربح فيها وكان عالماً، حذ، ويؤخذ منه المهر بأسره، ويجوز في مال القراض لانه رتباً وقع حصران، فيحتاج حينئذ الى الحر، ولو كان هناك ربح يحدد منه بقدر حقه، ويؤخذ بقدر نصيب المالك مع يساره، وقوميت عليه ان حملت منه وثبت لها حكم الاستيلاد ودفع الى المالك حصته (نصيبه - التذكرة) منها ومن الولد، ولو كان جاهلاً فلا حذ عليه (١) (هذا ان فسا بمكة بالظهور - خ).

وجه كونها ام ولد لحق الولد بالوطني، ولا يمكن التبعيض، قاله في شرح لقواعد، ثم قل: وبه رواية سبقت في البيع (٢) ثم قال (٣): ولا يجوز للمالك ان يوطئها ايضاً، سواء كان هناك ربح او لا، لان حق العامل قد تعمق بها ووطئها ينقصها - الى قوله -: ولو لم يكن فيها ربح لم يكن للمالك ايضاً ووطئها، لان ابتداء الربح في المتقومات غير معلوم، وانما يتيقن الحال بالتخصيص لسما، اما بوثيق عدم الربح، فالاقرب انه يجوز له الوطاء - الى قوله -: وعلى كل تقدير، لا يلزمه الحذ، سواء ظهر ربح ام لا، اما مع عدم ظهور الربح فلا ثبوت له حصة، وام مع ظهوره فلان الشبهة حاصلة، اذ جماعة يقولون بانه ليس للمعامل فيها شيء الا بعد البيع وظهور الربح (والظهور - خ) والقسمة (٤)، فتأمل.

ثم ان ظاهر المتن انه يجوز للمعامل الوطاء بمجرد الادن، بعد البيع، بان يقول بعد البيع، وان صارت ملكاً له: ادنت لك ان توطئها او بالوطني وبحودك . اما لو قال للشريك: اذا اشتريت جارية فأدنت لك ووطئها (مواطئتها - خ) لا يصح ذلك .

(١) انتهى كلام التذكرة، ج ٢ ص ٢٤٣.

(٢) راجع الوسائل الباب ١٧ من ابواب بيع الحيوان (ج ١٣ ص ١٥).

(٣) يعني في التذكرة.

(٤) انتهى كلام التذكرة.

وجه الأول أنها جارية مشتركة أو مخصوصة، فيجوز ونحوه للشريك بادن مالها.

وفيه تأمل اذ سبب الإباحة محصور في العقد والمالك وقد قال أكثر الأصحاب بالتحويل، أيضاً، وأرجعوه إلى أحدهما، وهذا ليس مذهباً، اذ التحليل لا بد له من إيجاب وقبول والعرض خلوه عنهما، إلا أن يحمل عليه.

وايضاً على تقدير ظهور الرّبع وتملكه به يشكل الحوار بالتحويل، سبب التبعيض، وسيجيء تحقيقه، فلا يجوز بمجرّد الاذن، ولو كان بعده وكفائه (فكأنه - ح) الأصح والأحوط، لظاهر الآيات والأخبار، وملاحظة الاحتياط في الفروج، كما يدل عليه العقل والنقل ووجه الثاني (١) ما علم من الأول، ولأنّ الاذن قبل البيع لا يؤثر، لأنه اذن في المعلوم، والاذن لا بد أن يأذن في وقت يجوز له ذلك وإذا لم يجز الوطى له فغيره أولى.

وفيه تأمل، اذ يأذن لأكله وتصفقه وهبته، والبيع وغيرها بعد البيع ولشراء، وهذه المسألة من المشكلات، وقد مرّت في الوكالة، فتأمل.

وكأن قوله: (على رأى) إشارة إلى القول الآخر، وهو الحواز بالاذن قبل البيع، وهو قول شيخ لرواية الكاهلي، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: قلت له رجل سألتني أن أسألك، أن رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري له ما يرى من شيء فقال: اشتر جارية تكون معك والجارية إنما هي لصاحب المال، ان كان فيها وضیعة فعليه، وان كان فيها ربح فله، (قلت - خ) للمضارب ان يطأها؟ قال: نعم (٢).

(١) يعني لو قال للشريك الح.

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب المضاربة الرواية ١.

والتالف بعد دورانه في التجارة، من الربح.

وهي ضعفة لعدم صحة السد الى الخس من محمد بن سماعة (١)، فان فيه حميد بن زياد، والخس هو ايضاً ولقي، وعبر واضح الدلالة وفي المن ايضاً شيء، فاعمل بها خصوصاً في مثل هذه المسألة مشكل جداً.

ويحتمل ان يكون اشارة الى الخلاف فيما بعد ايضاً، فان جواز الوطء بالاذن بعد لبس ايضاً محل التأمل، خصوصاً مع ظهور الربح، لما مر فتأمل.

لا ان يريد بالاذن التحليل، مع عدم ظهور الربح، ومع ذلك فيه تأمل، لأن القيمة في المتقومات غير مبسوطة، وقد يظهر الربح فيما بعد، ولهذا صرح في شرح قواعد فيما سبق ان ليس للمالك ايضاً وطئاً حينئذ.

نعم ذلك صحيح بعد القسمة، مع أنه يجيء فيه خلاف لتحليل.

قوله: والتالف بعد دورانه الح. الطاهر أنه لا خلاف في أن التالف

مأخوذ من ربح بعد دوران رأس المال في التجارة، بمعنى أنه وقع بيع وشراء، لا مجرد السفر بقصده، كما هو المتبادر.

قال في شرح المواعيد وشرح الشرايع: المراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه ببيع والشراء، ولا فرق في ذلك بين كون السفر وحداً او متعدداً وهو ظاهر (٢).

و(ايضاً قال في شرح الشرايع-خ): الظاهر عدم الفرق بين فوت (فوات-ح)

المال بسرقه والنصب وغيرهما (٣)، وما يتلف في يد من عليه الصمام ام لا، مثل ان

(١) والسد - كما في التهذيب - وما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعة هذا.

حسبي به احمد بن عبد الوهاب عن أبي طالب الأديني، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة.

(٢) في بعض النسخ راد بعد موافقه وهو ظاهر قاله في شرح الشرايع.

(٣) في بعض النسخ بعد قوله وغيرهما مثل ان يتلف بائعة سموية من غير ان يكون مضموناً على احد.

وما يتلف في يد من عليه الصمام ام لا.

يتلف بأفة صدوية، من غير ان يكون مضموناً على أحد.

وكأن العصى خصّ بالقسم الثاني ولعلّ الدليل هو ان معنى القراض هو استعمال المال والانتفاع برعنه مشتركاً بينه وبين العامل بالفرض (فالعرض - خ) أنه لابد من بقاء اصل المال وتقسيم الربح بعد اخراجه، فلا بد من ابقاء المال، ثم تقسيم الربح فيلزم كون الثالف من الربح.

وايضاً الروايات الدالة على كون الربح بينهما تدلّ عليه مثل صحيحة محمد بن مسلم، عن احدهما عليهما السلام، قال: سألت عن الرجل يعطى لمال مضاربة، وينهى عن يخرجه به فيخرج (فخرج - خ)؟ قال: يضم المال، ولربح بينهما (١).

فان المتبادر من الربح هنا هو الزائد على اصل (رأس - خ) مال التجارة، فلا بد من اخرج كله، الا ان الذي يكون في ذمة الثالف يكون بينهما، مثل الربح المشترك.

واما اذا تلف قبل دورانه في التجارة، بالمعنى المتقدم، - بأن اخذه العامل فتلف، قبل ان يشتري به من غير تمريط - ففيه تأمل، يحتمل اخراجه ايضاً من الربح، لما تقدم، وعدمه للاصل، وعدم الدليل خرج بعده بالاجماع، بقي الباقي، ولأن معنى كون الربح بينهما الذي هو الفرض من القراض بالنقص والاجماع هو الحاصل من المال الذي عومل، واستعمل (يستعمل - خ) رأس المال الذي يخرج أولاً هو المستعمل في التجارة، وكونه مال تجارة، وهو حقيقة انما يصدق بعد الدوران لاقبله، وعموم ما تقدم من الاخبار، فانه لو كان مطلق الثلف (الثالف - ح) داخلاً وما أخذ من الربح ينبغي ان يقول في الروايات مثل صحيحتي محمد بن مسلم

ولو خسر من مائة عشرة، ثم اخذ المالك عشرة، ثم ربح
(عشرة - خ) فرأس المال تسعة وثمانون الا تسعاً.

والحلي (١) (والربح بينهما) بعد ان يخرج ماتلف قبل المعاملات، ثم الربح بينهما،
فان الربح صادق من غير شك على جميع ما اراد على رأس مال المعاملة، بل (٢)
الذي استعمل بالفعل، بل (٣) على الزائد في كل معاملة معاملة، فيجعل المجموع
معاملة واحدة. وينسب الربح اليه، للاجماع، والا كان يمكن اخراج رأس كل
معاملة (٤) معاملة، وتقسيم ربحه، فلا شك حينئذ انه يصدق على الزائد على ذلك
المال كله. وان فات اضعاف مضاعفه قبل الاستعمال. انه ربح، وان التالف مثل
التالف في بيته قبل ذلك.

فالظاهر انه حينئذ جميع الروايات هو دليل هذا، فتأمل.

ولان العامل ملك الربح بالظهور، على ماتقدم، وانه مشترك بينهما
بالا تفاق، والاصل براءة فخته، وعدم خروج ماله عن ملكه، وهو ظاهر.
واعلم انه لا يتصور هنا موت (فوات - خ) الجميع مع بقاء القراض، فانه
ينفسح، الا ان يشتري في دقة المالك مع ادبه، كما سيجي.

قوله: ولو خسر من المائة الخ. أي لو كان مال القراض مائة وخسر عشرة، ثم
اخذ لماك عشرة، وله ذلك، حيث ان القراض جائز، ثم ربح ثمانين، فرأس
لمال الذي يخرج حينئذ هو تسعة وثمانون الا تسعاً ثم الباقي ربح بقسم بينهما على
ما شرط، لان الخسران الذي كان يجب جبره من الربح هو عشرة، يجب جبران

(١) الاولى مهملة مفتحة آتاء، والثانية في الباب ١ من تلك الابواب الرواية ٢. وفي هذه الرواية في

الواصل: وان ربح فهو بينهما.

(٢) يعني ما اراد على الذي استعمل ماتلف الح.

(٣) يعني بل ان الربح صادق على الزائد الخ.

(٤) يعني رأس مال كل معاملة الح.

ولو اشترى بالعين فتلف الثمن قبل الدفع بطل، وإن اشترى في النعمة بالاذن، ألزم صاحب المال عوض التالف، وهكذا دائماً، ويكون الجميع (من - خ) رأس المال، وإن كان بغير اذن بطل، مع الاضافة.

كله من ربح التسعين، لأن الباقي بعده رأس مال، فإذا أخذ المالك عشرة، فقد اسقط جبر تلك العشرة، وهو أحد (واحد - ح) وتسع من واحد، فإن جبره عن (على - خ) التسعين، فعل كل عشرة ذلك، فبقى حينئذ رأس المال تسعة وثمانون الآ تسعاً، لأنه سقط جبر العشرة المأخوذة من التالف، وهو واحد وتسع، بقي من العشرة تسعة الآ تسعاً، وإذا ضمت إلى الثمانين الباقية نصير تسعة وثمانين الآ تسعاً، وهو ظاهر.

قوله: ولو اشترى بالعين الخ. أي لو اشترى العامل بعين مال المضاربة فتلف العين قبل دفعه إلى المشتري كله، بطل البيع (العقد - خ) ولا ضمان عليه، مع عدم التفريط، لأن تلف أحد العوصين قبل القبض موجب لبطلان العقد بالاتفاق، وإذا لم يكن تفريط لاضمان عليه كذلك.

وإذا (ان - خ) اشترى في ذمة المالك بأذنه صح البيع، ويلزم (لزمه - خ) العوض، فإن تلف الذي عند العامل والذي أراد العامل الوفاء منه، وهو مال المضارب به، ألزمه عوض آخر، وهكذا، ويكون جميع ماتلف رأس المال، فيخرج من الربح ثم يقسم، على ما شرطنا.

وإن كان بغير اذنه بطل العقد، بناء على عدم الفضولي، والآ يكون موقوفاً على الاجازة، فلا يلزم.

هذا إن اضاف البيع إلى المالك أو قصده بالنية، وقبل ذلك منه.

فقوله: (بطل مع الاضافة) محل التأمل، وإن اضاف إلى نفسه أو لم يضيف وقال: قصدت للمالك، لم يقبل منه ذلك، فيحسب الظاهر له، وينبغي أن يعمل

ولو فسخ المالك فللعامل اجرته الى وقت الفسخ، وعليه جباية السلف، لا الإنضاض.

ما يخلصه (عنه، وما - خ) في نفس الأمر.

قوله: ولو فسخ المالك الخ. لما كان عقد المصاربة جائزاً، يجوز لكل واحد فسخه، فإذا فسخ المالك، بقوله: فسخت القراض او (دفعته - خ) او أبطلته، وما ادى هذا المعنى، - وبقوله للعامل: لا تتصرف بعد هذا، وقد زلت يدك عنه، وبانتزاع المال من العامل بقصد رفع القراض، وكذا بيع المال بقصد ذلك، لا بقصد اعانة العامل - بطل العقد، فان كان هناك ربح يقسم بعد اخراج رأس المال للمالك، وان لم يكن ربح فعليه اجرة عمل العامل الى حين الفسخ، وعليه ايضاً جمع الأموال المتفرقة عند المعاملين، ولا يجب عليه الانضاض، هذا بمجملة المتن.

قال (وفصل - خ) في التذكرة: (وقال - خ) قد بينا ان القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة، بل هو عينيها، فانه وكالة في الابتداء، ثم يصير شركة في الاثناء، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه، والخروج منه متى شاء، ولا يحتاج فيه الى حضور الآخر ورضاه، لأن العامل يشتري ويبيع لرأس المال باذنه، فكان له فسخه كالوكالة - الى قوله -: اذا ثبت هذا، قال فسخا العقد او احدهما، فان كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال، ولم يكن للعامل ان يشتري بعنه ولا شيء له وان كان قد عمل، فان كان المال ماضاً، ولا ربح فيه، اخذ المالك ايضاً، وكان للعامل اجرة عمله الى ذلك الوقت، وان كان فيه ربح اخذ رأس ماله، وحضته من الربح، واخذ العامل حصته منه، وان لم يكن المال ماضاً، فان كان ديناً، فان باع نسبة بادن المالك، فان كان في المال ربح كان على المالك جبايته، وبه قال الشافعي وابو حنيفة، وان لم يكن هناك ربح، قال الشيخ

رحمه الله. يجب على العامل جبايته ايضاً وبه قال الشافعي الح (١).

لا يخفى أن الحكم باجرة عمله على تقدير كون المال ناضباً بالربح، مشكل، خصوصاً اذا كان الفاسخ هو العامل باختياره، فإن ماتقرر لعمله هو الربح على تقدير وجوده، فاذا لم يوجد والعقد ممّا يجوز فسخه وفسخ، فلا وجه للاجرة له ان كان هو لفاسخ اصلاً.

وكذا ان كان الفاسخ هو المالك، وان لم يرض العامل، لأن العقد بخائن، وانما شرط له الربح، ولا ربح، ولا يجب عليه ابقاء (هذا - خ) المال دائماً حتى يحصل الربح (هذا - خ) للضرر، اذ قد لا يحصل له الربح اصلاً فلا يفسخ، فيبقى لمال في يد العامل، وقد يتلف، وان فسخ يلزمه الاجرة، وهو تكليف واخراج مال عن يد شخص بلا دليل.

نعم قد يتصور له الاجرة، اذا كان العقد مؤجلاً بأجل، وفسخ المالك قبله، وكان ممّا يتوقع الربح ولو في آخر تلك المدة وانما وجوب الجباية على تقدير ربحه نسبة باذنه، مما نجد فرقاً (الفرق - خ) بين وجود الربح وعدمه.

نعم يمكن ان يقال: لو طلب هو الربح حينئذ كلف بالجباية، اذ قد لا يحصل جميع ما في ايدي الناس، فلا يتم له الربح، فان اراد الربح، فلا بد له من الجباية، كالاتضاض في صورة كونه عروضاً مع ظهور الربح، فالظاهر ان ليس له جبره على ذلك.

وكذا ليس للعامل جبره على جبايته وانضاضه بعد الفسخ، الا ان يدعى حصول الربح، فحوار ذلك حينئذ غير بعيد.

ولكن الظاهر ان للمالك تعيين الناظر معه، وان كانت (٢) الوكالة مع

(١) لتذكرة ج ٢ ص ٢٤٦.

(٢) وفي بعض النسخ، وان يكون الوكالة.

بطلان قراض باقياً (١) إلا ان يقال له ملك (٢)، فعلى تقدير عدم جبايته يصير اربح
المشترك متى يشكل قبضه، فهو مكلف بجمع المال، إلا أنه يمكن ان يقال: انه قد
يسقط حقه بمعنى ان يوهبه من المالك، فيمكن ان يقال: لا يحب لقبول، ولكن
تكليفه بجمع ماله مع اعراضه عنه ومال الغير لأن وجود ماله فيه - مشكل، فتأمل.
ووجه التكليف (بالكلية - ح) أنه قد جعل مال المالك في ايدي الناس،
فيجب ان يجعله بحيث يصل الى اهله.

وفيه منع، خصوصاً اذا كان الفاسخ هو المالك، لأنه عقد حايز، وينفسخ
بالفسخ، والاصل براءة الذمة عن تكليف الجمع وغيره بعده.

نعم يمكن ان يكلفه اما بالجمع او جعل ذمة المتعاملين، بحيث يجب عليهم
تسليم جميع المال الى المالك بغير شركة، اما بابرائهم عن حصة اربح او غيره واما
وجوب الانضاض اذا كانت الاموال عروضاً، بمعنى كونه من غير جنس المال الذي
اخذه، ولو كان اخذ النقدين والمال، النقد الآخر، او كان صحيحاً، والموجود
مكسراً، بمعنى جعله من ذلك الجنس الذي اخذه، ولو كان يجعل المكسور
صحيحاً، وتغيير احد النقدين بآخر.

وسو كان بمال ربح حصّة حواز العقد، واصل براءة الذمة، يقتضي
لعدم، خصوصاً اذا كان الفسخ من جانب المالك.

ولكن ينبغي اسقاط الحصة بوجه شرعي ان كانت (٣) بصح او ابراء،
ويمكن سقوطه بمحض الاسقاط او الاعراض، كما في ساير الاموال المعرضة

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب بلفظه.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: إلا أن يقال له أنه قد يهبط حقه، بمعنى ان يوهبه من مالك،

فيمكن ان يقال له ملك على تقدير الخ.

(٣) أي ان كانت الحصة صلح الخ.

ولو ضارب العامل بأذنه صح، والربح بين الثاني والمالك،
وسغير أذنه لا يصح، والربح بين المالك والأول، وعلى الأول الأجرة للثاني.

(عنها، -خ) فتأمل.

والظاهر أنه لا يجب على المالك ايضاً تمكينه من الانقضاء عى تقدير
تماسه، اذ قد لا يأمنه حينئذ.

ولكن مع ظهور الرّبح او دعواه ينبغي ان يكون له ذلك، مع انصاف امين
اليه، كما اشرنا اليه، فتأمل.

قوله: ولو ضارب العامل الخ. أي لو ضارب عامل المضاربة شخصاً
آخر بمال لمضاربة فان كان بأذن المالك صحّت المضاربة الثانية، والربح يكون بين
المالك والمضارب الثاني ان جعل مجموع الحصة التي له، للثاني، والباقي للمالك،
كما كان معه.

وجهه أنه يصير وكيلاً للمالك بايقاع عقد المضاربة، فبالحقيقة يكون فسخاً
لعقد نفسه، وعقد بوكالة المالك لغيره، كما في صورة منع الموكل، او وكيله الآخر
ماوكل فيه، بن مضاربتها بعد مضاربتها، فتأمل.

فهو وكيل محض، وحينئذ لا بد ان يكون الايقاع بقصد كونه مضارباً
للمالك لاله، وهو ظاهر، والآ لم يصح، لأن المضاربة لا بد ان تقع من مالك رأس
المال او وكيله، وهو واضح من تعريف المضاربة، وان كان بسغير أذنه فلا يصح، وقد
عرفت وجهه ايضاً.

ولكن قوله: -والربح بين المالك وبين الأول- محل التأمّل، لأن
(الواقع -خ)، الشراء حينئذ من الثاني، وهو غير مأذون، فيقع العقد باطلاً.

وعلى تقدير جواز الفضولي واجازة المالك، فينبغي ان يكون الربح للمالك
فقط (فلا شيء له، ومع ذلك عليه أجرة عمل الثاني -خ) ان اشترى بعين ماله،
لأنه نماء ماله، ولا حصة للمضارب الأول، لأنه إنما يستحق الحصة بالعمل، ولا

ولو خسر بعد قسمة الريح ردّ العامل أقلّ الأمرين .
 وكل موضع تقسد فيه المضاربة يكون الريح للمالك ، وعليه
 الاجرة .

عمل له فرضاً ، فلا شيء له ، ومع ذلك عليه اجرة عمل الثاني .
 ألا ان يقال (١) : انّ الثاني وكيل الاول ، فيكون الحصة له ، بشرط كون
 عقد المضاربة مشتملاً على تجويز المعاملة بالوكالة ايضاً ، فتأمل ، وعلى الاول اجرة
 عمل الثاني ، واذا لم يكن عالماً بالفساد ، واما مع علمه بالفساد وعدم الاستحقاق ،
 فلا شيء له ، فتأمل .

واما اذا عتين بعض الحصة له ، فيكونان عاملين لمالك واحد ، فلا بد من
 جعل الاول وكيلاً للمالك ، ويكون الحصة لكل واحد بعمله ، فلو لم يكن وكيلاً ،
 وجعله شريكاً لنفسه ، فالظاهر البطلان حينئذ ايضاً ، فتأمل .

قوله : ولو خسر بعد قسمة الريح الخ . اشارة الى كون الريح وقاية لرأس المال
 وان كان الخسران بعد القسمة ، بان حصل ربحه فقسم ، ثم حصل في
 معاملة اخرى خسران ، فلا بد من جبره ، فلو صبر المالك حتى ينجبر باخرى وهكذا ،
 فيها ، والا فانه ان يرجع الى العامل بأقلّ الأمرين من حصته من الريح التي اخذها
 ومضافات ، يعني ينظر (شطر - خ) الذي اخذ من الريح ، والذي فات من رأس
 المال ، فان كان ضعف حصته يؤخذ تمام حصته لان يضيفه على حصة المالك
 ويضيفه على حصته وان كان اكثر لا يؤخذ الا ذلك ، اذ لا يكثف بأكثر من عين
 الريح ، وان كان اقلّ فيؤخذ بالنسبة ، فان (فلو - خ) كان نصف الريح ، فيؤخذ منه
 نصف حصته ، وهو ظاهر .

قوله : وكل موضع تقسد الخ . كون الريح للمالك ، في صورة فساد عقد

(١) الظاهر انه استثناء من قوله : ولا حصة للمضارب الاول .

المضاربة، بناء على كون وقوع العقد على العين والعمل بالأذن المفهوم ضمناً في المعاملة الفاسدة.

والظاهر أنه لا خلاف في ذلك بين المسلمين في المضاربة.

قال في التذكرة: القراض الفاسد له حكم آخر، وهو صحة تصرف العامل ونفوذه، لأنه ذن له فيه، فوقع بمجرد اذنه، وإن كان العقد فاسداً، كما لو وكله وكالة فاسدة، وتصرف، فإنه يصح تصرفه.

وهو دليل ما قلناه من حصول الأذن في الوكالة الفاسدة، فإنك قد عرفت مراراً أنها وكالة خصوصاً، عن قريب، عن التذكرة.

ولا يحتمل حمل كلامهم على الرضا بعد العقد، مع القول بالفضولي، إذ كلامهم صريح في الأول.

وأيضاً الظاهر أن حصول اجرة المثل للعامل موقوف على عدم عسره بالفساد، والحكم بعدم الاجرة والحصّة، وآلا فلا اجرة له لأنه متبرّع.

وأيضاً قد استثنى منه ما إذا كان سبب البطلان غير اشتراط عدم الحصّة للعامل، بأن قال: قارضتك بأن لاصّة لك، أو يكون الربح لي فقط، وإن قلنا أنه اجرة فاسدة لأنه متبرّع، كما استثنى مثل هذه الصورة في الاجارة والمساواة والمزارعة، وقد مر.

ويمكن ان يقال: هذا متوجه على تقدير علمه بالحكم بأنه لاصّة له، بل ولا اجرة ايضاً حتى يصح قولهم: لأنه متبرّع، بخلاف ما إذا اعتقد أنه وإن لم يكن له حصّة، ولكن له اجرة المثل، فلا تبرّع، فيمكن الرجوع اليه والقبول منه ما قال، فتأمل.

ويمكن الاقل من اجرة المثل، وما رضي، لما تقلّم مراراً على القول بلزوم الاجرة في كل صورة يكون ماعين له شيئاً معلوماً وفساده (وفسدخ) من غير ذلك الوجه.

«المقصد السابع في الوديعة»

وهي عقد جائز من الطرفين.

قوله: المقصد السابع في الوديعة وهي عقد جائز الخ. ترك التعريف لما مرّ قال في التذكرة، وهي في عرف الفقهاء عبارة عن عقد يفيد الاستئابة في الحفظ، ثم قال: لا بد فيه من إيجاب وقبول، فالإيجاب كل لفظ دالّ على الاستئابة بأيّ عبارة كانت، ولا ينحصر في لغة دون أخرى، ولا في عبارة دون أخرى، ولا يفتقر إلى التصريح، بل يكفي التلويح والإشارة والاستمطاء، ولقبول قد يكون بالقول، وهو كل لفظ دالّ (دل - خ) (يدل - التذكرة) على الرّض بالنيابة في الحفظ، بأيّ عبارة كانت، وقد يكون بالفعل، وهل الوديعة عقد برأسه أو اذن مجرد؟ الأقرب الأول (١). أعلم أنه لا يظهر عدي لهذا الخلاف ثمرة، ويمهم من شرح القواعد، أن العائدة أنه إن كان عقداً لا بد من كون القبول باللفظ والآ فلا، ومن التذكرة أيضاً يفهم ذلك، ولكن نقل عن بعض الشافعية.

وقد يمنع اشتراط اللفظ في القبول مع كونه عقداً، وقد فهم جوار كونه فعلاً حينئذٍ عن التذكرة فيما سبق (أيضاً - خ) ويجوز في الوكالة قبول الفعل مع كونها عقداً.

وايضاً نقل عن بعض الشافعية أنه ان كان عقداً فولد المودوعة (١) وديعة كالام وان كان مجرد اذن فلا، بل لابد من اذن جديد (٢) او الرد، فان الولد حينئذ امانة شرعية (٣) وهو غير ظاهر.

وايضاً قال: ان كان عقداً لم يضمم الصبي والمجنون المودعان، والا يضمنان، ولكن قال: الحق الصمان مع الاتلاف مطلقاً، مثل الاكل، والآ فلا. فتأمل، فان الاصل يقتضي عدمه، مع ان المالك سلط غير المكلف على الاتلاف مطلقاً.

ويمكن الفرق بالتمييز التام وعدمه مع الاعلام، بالضمان وعدمه، فتأمل. ويمكن ان يقال يجوز مع كونه عقداً، كون القبول بالفعل (العمل - خ)، كما يفهم من عبارة التذكرة المتقدمة، وكما في الوكالة والمضاربة.

وايضاً قد عرفت ان الايجاب ايضاً ليس بلازم ان يكون بلفظ صريح، بل يكفي الاشارة والتويع، وصرح به في شرح الشرايع ايضاً، ومع ذلك قال: مقتضى العقد كون الايجاب والقبول بالقول.

والظاهر أنه يكفي ما يدل على الاستتابة وقبولها مطلقاً، وأنه مجرد اذن في النيابة، وأنه مالم يقبض او يقبل بما يفيد القبول، بعد ما يدل على الايجاب. لم يدخل في الضمان، ومعه يدخل مطلقاً.

فتأمل فيما قال في شرح الشرايع في شرح قوله: ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها، المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة، لأن القبول

(١) يعني ولد الجارية المودعة وديعة كأنها.

(٢) يعني بالنهي الى ولد المودعة.

(٣) عبارة التذكرة هكذا: وقال بعض الشافعية: ان حملنا الوديعة عقداً فالولد كالام تكون وديعة ولا

لم تكن وديعة بل امانة شرعية مردودة في الحال الخ ج ٢ ص ١٩٧.

اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً، بل لابد منه من الإيجاب، ولم يحصل هنا بمجرد الطرح.

أذاً الظاهر أن هنا ما يفيد ذلك مثل تسميته وديعة، فإنها لغة بل شرعاً أيضاً هو المال المودع، والغالب أنه أيضاً أن انضم لها بالطرح ما يفيد الاستنابة، فمع القبول تحصل الوديعة، لما مر من عدم حصره في التصريح باللفظ، وإن لم يكن كذلك فلا، فكان ينبغي التفصيل، فتأمل.

ونقل أيضاً في التذكرة، عن بعض العامة إذا كان الإيجاب بلفظ اودعت وشبهه مما عيه صيغة (صبيغ - خ) العقود وجب القبول لفظاً، وإن قال: أحفظه ونحوه لم يفتقر إلى القبول اللفظي، كالوكالة ثم قال في شرح الشرايع وهو كلام موجه.

ما فهمت وجهه، بل الظاهر أنه لا فرق أصلاً، وأنه يحصل بكل ما يدل على الإيجاب والقبول، لفظاً وغيره، للأصل وحصول المقصود، وهو الرضا بالاستنابة وقبولها، كما صرح به في التذكرة وغيرها.

ثم أنه قد نقض التعريف المذكور بالوكالة، وإيجاب بأنه يجوز الترام كونه وكالة باعتبار النيابة في الحفظ دون الاذن في التصرف، وبأن (١) المراد كون المقصود هنا الحفظ فقط وليس في الوكالة ذلك، وآلا يكون وديعة.

ثم إن العقل والنقل دلّ على جواز الاستنابة وقبولها، وأنه حسن، وأنه قضاء لحاجة المؤمن، وادخال السرور (٢) وقد ادعى الإجماع في التذكرة وغيرها على الجواز بمعنى عدم الحظر.

(١) عطف على قوله: بأنه يجوز الخ.

(٢) راجع انوسائل الباب ١٢٢ من أبواب احكام العشرة ج ٨ ص ٥٤٢ والباب ٣ من أبواب جهاد

انتمس ج ١١ ص ١٣١ وأبواب من المعروف الباب ٢٤ و ٢٥ من تلك الأبواب.

والظاهر أنه لا كلام في رجحان القول، مع عدم المانع، من عدم استيثاق من نفسه، وعدم الاعتداد بحفظه كما هو.
قال في التذكرة: ولو كان قادراً على الحفظ واثقاً بأمانة نفسه استحب له القبول، لما فيه من المعونة على البر وقضاء حوائج الاخوان، ولولم يكن هناك غيره، فالأقوى أنه يجب عليه القبول، لأنه من المصالح العامة وبالجملة فالقبول واجب على الكفاية (١).

وفي كون القبول مطلقاً معونة على البر تأمل، ثم في الوجوب، فإنه تكيف لا يخلو عن صعوبة واشكال، كما سيجيء، فأجابه بمثل الدليل المذكور من تأمل.
وايضاً ايجاب حفظ مال شخص على آخر بلا أجرة وعوض يحتاج الى دليل قوى، وكونه من المصالح العامة بحيث يجب على الناس كلهم ذلك، غير ظاهر.
نعم قد يضطر الانسان الى الابداع فيمكن ايجاب مثله حينئذ بأجرة ليتم به المعاش، كما في سائر الامور التي عدت من الوجوب الكفائي، ويشعر به كلام التذكرة، قال مستدلاً على جوازها: ولأن الحكمة تقتضي تسويقها، فإن الحاجة قد تدعو اليها، لاحتياج الناس الى حفظ اموالهم، وربما تعذر ذلك عليهم بانفسهم اماً لخوف او سفر او عدم حزن فلوم يشرع الاستيداع لزوم الحرج المنفي بقوله تعالى: وما يجعل عليكم في الدين من حرج (٢).

وهو الذي اشار اليه أولاً ايضاً بقوله: لأنه من المصالح العامة، ولكن في افادته الوجوب بلا عوض دائماً، تأمل فتأمل.
ثم أنه يمكن وجود الاحكام الخمسة فيها.
الوجوب مع الضرورة وعدم المعارض.

والحرام مع الضرر لنفسه او لغيره وعدم امانته، واحذها مع عدم قصد
(حصول - غ) الحفظ والأمانة.

والامتنع باب مع عدم ما ذكر وما سيذكر.
والكرهية مع احتمال الخيانة والضرر البعيد، وبدون طلب المودع، مع
استيثاق في الجملة.

والإباحة لا مع ذلك كله بدون الطلب (١) فتأمل.
ثم أنه لا خلاف في كونه عقداً جائزاً غير لازم، فيجوز لكل واحد فسخه،
بالاجماع.

وأنه يشترط في المتعاقدين التكليف فلا يصح الإيداع الآمن مكلف، فهو
أودع الصبي او المجنون يجب ردها الى الولي، وكأنه يكون حكمها حكم الأمانة
الشرعية، فيضمن القاض مطلقاً، فرط او لم يفرط، فلا يخرج من الضمان إلا بالرد
الى الناظر في امرهما، فلو رده اليهما لا يبرح عنه، قاله في التذكرة.
وكذا لا يصح ألا عد مكلف، لأن غيره ليس من اهل الحفظ، فهو أودع
مالاً لم يضمن، لأن المالك سلطه وعرض ماله للتلف.

قال في التذكرة: ولو اتلف الصبي او المجنون، فالأقرب عندي أن عليهما
الضمان، لأنهما اتلفا مال الغير مالا كل او غيره فضمناه كغيره (كغير
الوديعة - التذكرة) (٢).

ويؤيده على اليد ما أخذت حتى تؤدي (٣) ولكن ان صح فاعته، ويخصص
لدليل.

(٢) انهي كلام التذكرة ج ٢ ص ١٩٧

(١) دعه مع الغيب لكن مسحياً.

(٣) عدم ذكره في ص ٢٥٠ من هذا الجزء، فراجع.

تسطل بالموت والجنون.

ويحتمل عدم الضمان مطلقاً، لأن المالك سَلَطَها على اتلاف ماله، كما لو أقرضها أو باعها وأقبضاها، فأتلفاه لم يكن عليه ضمان، والأصل براءة الذمة، ويحتمل لتفصيل السابق، فتأمل.

وقال أيضاً: لا بد من كونها جازية التصرف، لا مثل السفيه، ولكن قال: لا قرب عندي جواز استيداع الفئس. وهو حسن، إذ له صلاحية الاستيداع، فإن الفرض ذلك، فإن لفلس لا يخرج عن الإهنية، وهو ظاهر.

فواخذ الوديعة من السفيه يجب ردها إلى الولي والناظر، كما في الصبي والجنون.

ولو أودع يحتمل عدم ضمانه مطلقاً، لأن المالك مفرط في تسليطه، ولضمان مطلقاً (١) الحديث، على البداهة، ولأنه قابل للأمانة والحفظ، فإن عدم حفظه لماله لا يستلزم عدم حفظ مال الغير، والتفصيل الذي ذكره في الصبي والجنون.

والظاهر أنه لا ينفي هنا الحكم بالضمان مع الاتلاف، وقد مر في بحث الحجر، فتذكر.

ويجوز هذه البحوث في العبد مع عدم إذن السيد، والظاهر أن الضمان في صورته إنما يكون في رقبته يتبع به ولو كان مأخوذاً في الاستيداع، قاله في لتذكرة، فتأمل.

قوله: تبطل بالموت الخ. وجه البطلان على تقدير كون الوديعة اذناً، واضح، وكذا على تقدير العقد أيضاً، فإنه جائز اجماعاً، ولأنه عقد وكالة خاصة، وقد

(١) يعني ويحتمل الضمان مطلقاً.

ثبت بطلانه به، ولأنّ المال انتقل الى غيره بالموت، فلا يصح التصرف الا باذن المالك، وهو الوارث.

وكذا بالمجنون فانه خرج عن صلاحية الاذن والتصرف، فهو كالميت.

وكذا الاغماء، وجميع ما يبطل به العقود الجائرة.

وعلى تقدير (١) البطلان يصير المال امانة شرعية في يد المستودع، ان كان الميت او الخارج عن صلاحية الايداع هو المالك، فيمكن وجوب الرد الى الوارث، والظاهر وجوبه او جوازه ان لم يعلم الانحصار فيه، ولا يجوز مع الشك في وجود وارث آخر.

دليل الاول، الاصل عدم وارث آخر، مع العلم باستحقاق الموجود، ولا يعارض باصل عدم استحقاقه للكل، لأن الاستحقاق واضح، ووجود (آخر-خ) مانع، غير ظاهر.

وظاهر كلام البعض عدم الوجوب، بل عدم الجواز مع عدم العلم بالحصص (بالانحصار-خ)، وهو محل التأمل.

وايضاً الظاهر انه حينئذ يجوز الحمل (٢) للرد، فلو تلف، لم يضمن، الا مع التخریط.

(وأُعلِمَ ايضاً-خ) الظاهر انه لم يجب، ويجوز له الاعلام، فاذا طلب وجب الرد، فاذا اعلم ايضاً، الظاهر انه لم يجب الا بالطلب، لانه غير عاصب، ولكن لا يتصرف الا للحفظ فقط.

وقال في شرح الشرايع: يجب المبادرة الى الرد، ولا فرق بين عدم المالك

(١) في بعض النسخ المخطوطة: وبعد البطلان يصير الخ

(٢) في بعض النسخ المخطوطة: النقل، بدل الحمل، ومعناه نقل الوديعة الى مالكها.

ولا بد من إيجاب، وهو كل لفظ يدل على الاستئابة في الحفظ، ولا يشترط القبول لفظاً.

ويجب حفظها مع القبول، بما جرت عاداتها بالحفظ، ويختلف الحرز كالصندوق للثوب، والنقد، والاصطبل للدابة، والمراح للشاة.

وعدمه، فيضمن بالتأخير مطلقاً.

فتأمل ألا أن يكون (١) مجعاً عليه، والظاهر أنه ليس كذلك، كأنه أشار إليه في كنز العرفان.

وإن كان (٢) المستودع وجب على وارثه دفعها إلى المودع، فيكون في يده أمانة شرعية، فتأمل.

قوله: ولا بد من إيجاب (الإيجاب - خ) الخ. بل كل مادة على الاستئابة في الحفظ، وقد مر تحقيقه، وعدم اشتراط اللفظ، فيه، وكذا في القبول بالطريق الأول.

ويجب حفظها (الحفظ - خ) الخ. الظاهر أنه لا خلاف في وجوب الحفظ بعد القبول مطلقاً، لأنه وفاء بالعقد، وإتيان بالشرط، مع أن تركه مستلزم لتضييع المال المنهي عنه.

والمقل أيضاً يحكم به، لأنه استأمن شخصاً (٣)(٤)، فقبل، فتركه إضاعة مال الغير بعد القبول وهو قبيح.

وكذا الحفظ بما جرى الحفظ به عادة، فإن الأمور المطلقة الغير المعينة في

(١) معنى يكون وجوب الماددة مجعاً عليه، كما يظهر من عبارة المسالك بقوله: ولا فرق في ذلك (أي في وجوب الرد بين علم لملك بأنها (الوديعة) عنده وعدمه) عندنا.

(٢) عطف على قوله قبل أسطر: إن كان الميت أو الخارج عن صلاحية الإيداع هو المالك

(٣) في لتذكرة: ج ٢ ص ٢٠٣ راد بعدها: قال الله تعالى: وما على المحسنين من عيل .

(٤) وفي بعض النسخ استأمنه شخص، وفي بعض آخر استأمن شخص.

الشرع يرجع فيها الى العادة والعرف، فمع عدم تعيين كيفية الحفظ يجب ان يحفظها على ما يقتضي العرف حفظه مثل تلك الوديعة، بان يحفظ الدراهم في الصندوق، وكذا الثياب، والداية في الاصطبل أي البيت الذي هيأها، والمراح للشاة، أي الموضع الذي أعد لكونها فيه ليلاً، ونحو ذلك، فان خالف الى ادون (١) ما في العادة في الحرز أثم، وضمن، وفي المساوي ايضاً محتمل، بل في الأعلى ايضاً، فتأتمن. ثم ان في بعض هذه الامثلة تأملاً، اذ الدراهم لا تحفظ دائماً في الصندوق، ولا الثياب، وهو ظاهر.

واما مع التمين فيجب حفظها على ذلك الوجه.

قال في التذكرة: ويجب على المستودع اعتماد ما امره المالك في كيفية الحفظ، فاذا امره بالحفظ على وجه مخصوص فعلى عنه الى وجه آخر وتلفت الوديعة، فان كان التلف بسبب الجهة المدول اليها ضمن، وكانت المحاكمة تقصيراً لأنه لو راعى الوجه المأمور به لم يتحقق التلف ولو حصل التلف بسبب آخر فلا ضمان، هذا اذا لم يتحقق المستودع التلف لو امتثل الأمر، اما اذا تحقق التلف بالامتنال فخالف للاحتياط في الحفظ، فاتفق التلف فلا ضمان لأنه محسن، فلا سبيل اليه لاية (٢).

وحكم ايضاً، بانه لو فعل ما هو الآخر، للاحتياط، لا يضمن بذلك، وان كان مخالفاً لما عينه المالك، مثل ان قال: لا تحمل (لا تحمل - خ) الصندوق تحت رأسك، فوضعه، قال: فالأقرب عدم الضمان، ونقل عن بعض الشافعية وجهاً آخر بالضمان، وكذا عن مالك، لأن رقوقه على الصندوق تنبيه على تعظيم لما فيه، وموهم للسارق بنفاة ما فيه، فيقصده، قال: وهو غلط.

ثم قال: وكذا الخلاف فيما لو قال: لا تقفل عليها قفلاً، أو قال: لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً ففعل قفلين، أو قال: لا تغلق الباب (باب البيت - خ)، فغلق (فاغلق - خ) (١).

لاخفاء في أن هذا الكلام يدل على أن مجرد المخالفة ليس بسبب للضمان بل هي مع التلف بسببها.

ويدل عليه أيضاً، مانقله عن التذكرة في شرح قوله: ويجب متى الدابة (٢). وهذا غير بعيد للاصل، وللآية (٣)، والاختبار الكثيرة الصحيحة المعتمدة الدالة على عدم الضمان عموماً، كما سيبيء، وخرج ما تحقق التلف بسبب مخالفة لدليله، بقي الباقي تحت.

ولأنه ما تلف بسببه فلا معنى لتضمينه، وبمجرد مخالفته التي لا تجوز - إذ لم تؤد إليه -، لم يصر سبباً للضمان، للعقل، ولا نقل صريحاً ينافيه.

ولكن يظهر من شرحي القواعد والشرائع، ومن التذكرة وغيرها أيضاً خلاف ذلك، قال في التذكرة: إذا صارت الودعة مضمونة على المستودع - إما بنقل الودعة و (او - خ) اخراجها من الخزانة أو باستعمالها، كركوب الدابة ولبس الثوب أو غيرها من أسباب الضمان، ثم أنه ترك الخيانة ورد الودعة إلى مكانها وخلق الثوب - لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع، ولم يزل عنه الضمان، ولم تعد أمانته، وانه قال الشافعي، لأنه ضمن الودعة بعدوانه، فوجب أن يبطل الاستيمان، كما لو جحد الودعة، ثم أقرها، وقال ابو حنيفة: يزول عنه الضمان الخ (٤).

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٣ و ٢٠٤.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولا يخفى ما في هذا الكلام من الاجمال، فتذكر.

(٣) مثل قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل (التوبة - ٩٣) وتسميته امانته لا يجيء بهجته رحمه الله.

(٤) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

هكذا في هامش بعض النسخ المخطوطة.

فبين ظاهر هذين الكلامين تدافع ظاهر، اذ فهم من الاول (١) ان مخالفة المالك من حيث هو غير موجب للضمان، ومن الأخير (٢) يفهم أنها سبب للضمان (٣) وقد قال إنه تقصير وإنه سبب للضمان، حيث قال: ان السبب الجامع لموجبات الضمان هو التقصير - الى قوله - وهو سبعة الخامس المخالفة في الحفظ الخ. وقال ايضاً: اعلم ان الوديعة تستيع امرين الضمان عند التلف، والرّد عند بقاء، لكنّ الضمان لا يجب على الاطلاق، بل انما يجب عند وجود احد اسبابه، وينظمها شيء واحد، وهو التقصير ولو انتفى التقصير فلا ضمان، لأن الاصل في الوديعة أنها امانة محضة، لا يضمن بدون التعدى او التخريط، ثم نقل الاخبار من طريق العامة (٤) والخاصة منها حسنة زرارة أنه سئل الصادق عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة؟ قال فقال: كلما كان من وديعة، ولم تكن مصمونة فلا تلزم (٥)، وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام، قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان (٦)، وغيرهما من الاخبار الكثيرة، ولأن الله تعالى سمّاها امانة، والضمان ينافي الامانة - الى قوله - ولم يظهر لهم مخالف فكان اجماعاً (٧).

وبالجمله ظاهر الأدلة يقتضي عدم الضمان الا بالتلف، في صورة المخالفة ايضاً بسببها، وانها تعود امانة، اذا عاد (عبادت - خ) الى ما أمر به (٨) الا ما ثبت

(١) في نسخة من السج المخطوطة بدل قوله اذ فهم من الاول - الى قوله المصداق، هكذا - اذ مخالفة المالك في الحرر وترك سقى الدابة سبب للضمان، وقد قال انه تقصير الخ.

(٢) يعني من تقدم من قوله. وحكم ايضاً انه لو حصل ما هو الآخر الخ

(٣) يعني ما قاله ابييراز اذا صار الوديعة الخ (٤) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم يس على

لسنود صمدان انس الكبرى ج ٦ ص ٦٨٩ حديث ٣ وفيه «يس على المستوع الخجل - يح» وول صلى الله عليه وآله من اودع وديعة فلا ضمان عليه المصدر حديث ٢ وفيه «من استودع» وهو الصحيح.

(٥) و (٦) الوسائل الباب ٤ من ابواب الوديعة الرواية ٣ و ١ (٧) المذكورة ج ٢ ص ١٩٧ و ص ١٩٨

(٨) في النسخة المطبوعة وأنه يعود امانة اذا عاد الى ما أمر به الا ما ثبت الخ.

الخروج عنه، مثل لانكار ثم الاقرار ونحو ذلك، ألا أن يثبت الاجماع الذي ذكره، بحيث لا يكون بينه وبين غيره - مما نقلناه آنفاً - وننقله ايضاً - منافية، فتأمل (١).

بان يقال: المقصود في الاول هو وضع اليد على غير وجه شرعي مثل الركوب واللبس، فانه لا شك أنه (ان - خ) يصير هذا اليد غير شرعي، لأنه غير مأذون، فيكون ضامناً، حتى ثبت الأمان (الاذن - خ) من المالك، اما بوضعه على يده، ثم الأخذ أمانة، او القول بهذا والضمان باليد ثانياً، واسقاط الضمان على الاحتمال القريب، بخلاف الصورة المخالفة للمالك في الحرز، فانه تقصير في الحفظ، وليس بتصرف ووضع يد عدواناً، فتأمل فيه.

وكذا التقصير بعدم السقي والعلف، فانه ترك لافعل وضع لليد. او يقل (٢) مخالفة المالك وعدم حفظها من اسباب الضمان مطلقاً، والمقصود في الكنية ذلك، فتأمل فيه، فمعه ما فيه.

ولا يدل على الكنية رواية محمد بن الحسن الصغار، قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فصاعت هل يجب عليه اذا خلف امره و (او - خ) اخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام، هو ضامن لها ان شاء الله (٣).

(١) ويمكن ان معان - في دفع المرافعة - أن القفل من الحرر الذي عنه المالك مطبق ليس بتقصير ولا موجب للضمان بل اذا كان للمالك او نهى عنه، واما غيره فصرح في التذكرة - في بحث النعل - أنه يجوز حينئذ، ولا ضمان، فيكون المراد صدم الضمان هذا، وايضاً مطلق ترك عطف الديات ليس كذلك، بل قد كان هذه عبور فيها الديات فتأمل منه رحمه الله (هكذا في هامش بعض النسخ المطبوعة).

(٢) لظهور انه عطف على قوله: بان يقال المقصود الع.

(٣) لوسائل الباب ٥ من نواب نودعة الرواية ١ وورد فيه كما في الفقيه والنهيب - ما قوله وديعة.

وامره أن يصنها في منزله او لم يأمره

ولا يجب الحفظ، لو طرحها عنده من غير قبول، او، كره على القبض.

وهي صحيحة، لكنها مكاتبة، ولم تدلّ الآ على الضمان مع اشلف في بيت جاره، مع مخالفته للمالك، وهو ظاهر وايضاً يدلّ كلام التذكرة السابق على أنّ المخالفة اذا كانت للاحتياط على الوجه الأول بزعم الودعي، لا يكون سبباً للضمان مطلقاً.

وهو ايضاً محلّ التأمل، لأنّ المالك غير راض، بل نهى عن ذلك الفعل، فكيف لا يكون ضامناً، خصوصاً اذا كانت المخالفة ممّا يمكن ان يكون هو لسبب، كما اشار اليه مالك، فتأمل.

وقال ايضاً في التذكرة: السبب الجامع لموجبات الضمان هو التقصير، فلا بدّ من الاشارة الى ما به بصير المستودع مقصراً، وهي سبعة ينظمها مباحث، يذكر لكل سبب بحثاً.

الاول الانتفاع بالوديعة، مثل لبس الثوب وركوب الدابة.

الثاني ايداعها من غير اذن.

الثالث نقل الوديعة كذلك.

ارابع التقصير في دفع مهلكات الوديعة.

الخامس المخالفة في كيفية الحفظ.

لعل السادس والسابع الانكار والجحود والامتناع من الرد وتأخير.

وهذا الكلام صريح في كون المخالفة سبباً للتقصير، فيشكل التوجيه

وتخصيصه بما اذا لم ير أنّه أحوط وأحرز، كما يظهر من ظاهر كلامه بعده، كما نقلناه من مخالفة نهى المالك عن وضع الصندوق تحت الرأس، وعلق باب البيت ونحوهما.

قوله: ولا يجب الحفظ الخ. يعني لو وضع المودع الوديعة عند شخص،

يريد ايداعها آياه، بحيث فهم كون مراده الايداع، وهو ظاهر في مثل هذا المقام،

ويجب سقي الدابة وعلفها بنفسه وبغلامه، ولا يخرجها من منزله (منزلها - خ) للسقي، الآ مع الحاجة.

سَيِّئَاتِ الْإِتْيَانِ بِلَفْظِ «هَا» (شئ - ح) الراجع الى الوديعة، وما قبلها ذلك الشخص لم يجب على ذلك لشخص حفظها، ولم يضر بذلك ودعيّاً، وان لم يردّه ولم يتكلم ولم يقبل قولاً او فعلاً، واذا قبل صار ودعيّاً، يجب عليه ما يجب على الودعي، سواء وجد من المالك لمودع لفظ صريح او تلويح وإشارة معهمة دالة على كونها وديعة، اذ قد عرفت ان الإيجاب والقبول ليسا بمنحصرين في اللفظ الصريح، بل يجوز بالتلويح والإشارة ولعل، صرح به في التذكرة وشرح الشرايع ايضاً.

على أن لظاهر من القبول هو القبول القولي، فقول شرح الشرايع في شرح هذه - المراد بالقبول هنا القبول المعنى حاضرة - لأن القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً، بل لابدّ معه من الإيجاب، ولم يحصل هنا بمجرد الطرح وأما الفعل فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ، سواء تحققت به الوديعة ام لا نظراً الى ثبوت حكم اليد، وحيث يحصل القبول المعنى هنا أيما يجب حفظها، لأنها وديعة شرعية لح - محل لتأمل - لما مر.

وايضاً اذا لم يكن وديعة يكون امانة شرعية يجب ردها في الحال، وهو ظاهر، اذ وضع اليد على مال الغير على وجه شرعي - بدون اذن المالك - هو الامانة لشرعية على ما عرفت (على ما عرفت به - خ)، وقد فرض الطرح بحيث ما فهم من مراده به، حفظه عن طرحه عنده وان كان بعد حذراً، فاذا تصرف فيه بقصد الرد والحفظ يجب حفظه، ويكون امانة شرعية، فتأمل.

وكذا لا يجب الحفظ على من اكراه على القبض، فان الوديعة بل مطلق وحبس حفظ مال الغير مقتد بما اذا وضع اليد عنه من غير اكراه، خصوصاً عن المالك، وهو ظاهر، فيه إشارة الى اشتراط الرضا في القبول اللفظي والفعل، فتأمل قوله: ويجب سقي الدابة الخ. هذا من فروع السبب الرابع لبضتان

الذي اشار اليه في التذكرة، قال: الرابع التقصير في دفع المهلكات يجب على المستودع دفع مهلكات الوديعة، وما يوجب نقص مائيتها، اذا حفظ واجب، ولا يتم إلا بذلك، فلو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعرضها للريح مجرى العادة لئلا يفسدها الدود، ولو لم يندفع الفساد إلا بان يلبس وتبقى بها (١) رائحة آدمي، وجب على المستودع لبسها، فان لم يفعل، ففسدت بترك اللبس او تعرض الثوب للريح كان ضامناً، سواء أمره المالك، او سكنت عنه اما لونها عن النشر وفعل ما يحتاج اليه الحفظ، فامتنع من ذلك حتى فسدت، فعل مسكروهاً ولا ضمان عليه، وبه قال اكثر الشافعية، ولهم وجه آخر (٢)، ان عليه الضمان (٣).

الظاهر ان مثل هذا الشخص الذي نهى عن فعل ما يحتاج اليه في الحفظ سفيه، ان كان عالماً بالتلف، مع امتثال النهي (٤) فيجب حينئذ حفظ هذا المال، وفعل ما يحتاج اليه الحفظ، الى ان يسلم المال الى الناظر، ويجب مبادرة ذلك، كما (على ما-خ) يفهم من كلامهم، فانه امانة شرعية، في امثال ذلك، إلا ان يشترط فيه حكم الحاكم، فيحجره معه لابدونه، فيكون وديعة، وان كان جاهلاً، ينبغي اعلامه، وعلى تقدير عدم العلم والاعلام، وعلم الودعي (٥)، ينبغي وجوب الحفظ، وفعل ما يحتاج اليه، وإلا يلزم الضمان.

(١) الحق بالتحريك مصدر قولك عيق به الطيب من باب تعب عققاً، لزم به وظهرت ريحه بثوبه، وبيدته موهيق (جمع البحرى).

(٢) وفي جميع النسخ وجوه أخرى، والصواب ما ثبتناه، كما في التذكرة أيضاً.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٢.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة: مع الانتهاء بالنهي بدل قوله: مع امتثال النهي.

(٥) يعني وعلى تقدير عدم علم المالك بالتلف عند عدم نشر الثوب مثلاً وعدم اعلام الودعي بذلك وان الودعي يعلم بأن عدم نشر الثوب موجب للتلف ينبغي وجوب الحفظ.

ويسبقي ان يكون الوجوب والضمان على الودعي، مع عدمه وتقصيره عمداً عالماً، للاصل وعدم تكليف الغافل، وما تقدم من كونه اميناً غير ضامن بالآية والاحبار (١) لا ماثبت بالاجماع، او بدليل غيره، وما نعرفه الا فيما قساه. ويحتمل ترتب الضمان على التلف بالترك مطبقاً، فانه سبب، فلا يحتاج الى العلم، كما هو ظاهر بعض العبارات، فتأمل.

ثم ان قوله: (فسدت مترك اللبس الخ) انه لو فسدت مع لترك، لا بسبب الترك. بان سرفت مثلاً. لم يكن ضامناً، وهو ايضاً خلاف ما سبق من الضابطة، فتأمل.

واعلم انه قال في التذكرة، في بحث الانتفاع: اما لو هاء المالك عن الاستعمال لدخفظ، فامتنع حتى فسدت، لم يكن ضامناً. الى قوله: وهل يكون قد فعل حراماً؟ اشكال، اقره ذلك، لان اصاعة المال منهي عنها، وعند الشافعي، انه يكره (٢).

وينبغي التحريم في ترك النشر اولى (٣).

والظاهر عدمه مطلقاً للاصل وعدم تمام دليله وهو ظاهر.

ثم قال: اذا كانت الوديعة دابة او آدمياً وجب على المستودع القيام بحراستها ومراعاتها وعلفها وسقيها، ثم لا يخلو اما ان يأمره المالك بالعلف والسقي او نهاه (ينهاه - خ) عنها او يطلق الايداع، فان أمره بالعلف والسقي وجب عليه فعلها ورعاية الأمور به، وان امتنع المستودع من ذلك، حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر، ان ماتت ضمنها، وان لم تمت دخلت في ضمانه، وان

(١) اما الآية فهي اشارة الى قوله تعالى: وما على الحسن من سبيل التوبة: ٩٣ واما الاحبار فراجع

اوسائل الباب ٤ من كتاب الوديعة ج ١٣ ص ٢٢٧.

(٢) لتذكرة، ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) يعني طريق اولى.

نقصت ضمن الضمان، وتختلف المدة باختلاف الحيوان قوة وضعفاً، فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها، ان لم يكن بها جوع وعطش سابق، فان كان وهو عالم ضمن، وكذا لو كان جاهلاً، وللشافعية في الجاهل وجهان (١)، أظهرهما عندهم عدم الضمان، وعلى تقدير الضمان لم وجهان هل يضمن الجميع او بالقسط، كما لو استأجر دابة لحمل قدر فزاد عليه (٢).

واعلم ان هذه الكلام ايضاً صريح في أن التقصير مطلقاً لا يوجب لضمان دائماً، بل مع التلف به ايضاً لم يضمن، اذا لم يكن التقصير متلماً ومهلكاً عادة. هذا اذا لم يكن الحكم بعدم الضمان هناك لاحتمال الموت بغير هذا السبب، بل لكونه (نادراً - خ) غير مهلك، والآ فلا، وقد مرّ يدل على خلافه مع وجه الجمع، وما فيه، فتأمل.

وأنه ان كان مهلكاً غالباً ولم يهلك، هو موجب (٣) للضمان دائماً، لتلف والتقصان، وأن الجوع (٤) السابق مع جهل المستودع به مثل العدم، فينبغي حينئذ عدم الضمان، كما اذا ماتت قبل مضي تلك المدة.

وبالجملة (لأنه - خ ل) ان جعل الضمان مرتباً على التقصير بان يكون بعده - وان كان لشيء آخر فيه دخل (ام لا - خ) - فينبغي ان يحكم بالضمان ايضاً مع التلف بالتقصير دون المدة المذكورة، مع عدم عطش سابق وجوع كذلك، والآ فينبغي ان يكون ضامناً مع العلم لا بدونه، لأنه حينئذ يصير مثل المدة التي يعيش لم

(١) في التذكرة بعد قوله وجهان. كالوجهين فيما اذا حبس من به بعض الجوع، وهو لا يعلم حق مات، وأظهرهما الج.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٢.

(٣) هكذا في جمع النسخ، ولعل الصواب، هو موجب الخ.

(٤) هكذا في النسخة المطبوعة وفي جميع النسخ المخطوطة الرجوع يدل الجوع، والصواب ما أثبتناه.

يمت فيه عادة ويموت.

وبالجملة، أدلة عدم الضمان قوية حتى يثبت العاقل، وعلى تقدير الضمان ينبغي التقييد لأدلة عدم الضمان، ولأن الموجب هي (مما-خ) فتأمل.

ثم قال: وإن نهى المالك عن العلف أو السقي فتركها، كان عاصياً، لما فيه من تضييع المال المنهي عنه شرعاً، وهتك حرمة الزوج، لأن الحيوان له حرمة في نفسه يجب أحياءه، ولحق الله عز وجل، وفي الضمان أشكال، اقربه العدم، وهو قول كثير الشافعية، كما لو قال: اقتل دابتي، فقتلها، وأمره برمي قاشه في البحر، فرماه، أو أمره بقتل عبده فقتله، فإنه يأثم ولا ضمان عليه، كذا هنا (١).

دليل عدم الضمان ما تقدم غير مرة، ودليل الإثم مذکور، ولكن قد لا يسلم كون ترك علف دابة الغير، مع نهي صاحبه، تضييع مال منهي عنه.

ولهذا قال في التذكرة: لو ترك النهر مع نهي المالك، لم يضمن، ولا يأثم، مع وجود التضييع مثل الحيوان، وكذا إذا قال: اطرح قاشي في البحر، فتأمل. نعم إن ثبت ذلك، فيدل على الإثم، وكذا قوله: (لأن الحيوان الخ).

لعل دليله الاجماع والعقل في الجملة، ويمكن الفرق بين ما ذكره الشافعي من لرمي وغيره وبين مانع فيه، لأنه هناك فعل، وهنا ترك فعل، وعدم تصرف مال الغير.

ثم إن الظاهر أن المالك مفيه فيجبيء فيه حكم ايداع السفينة، فيبطل ألا إن يقال: باشتراط حكم الحاكم في حجر السفينة ومنعه عن التصرفات مطلقاً، ولم يحجره الحاكم بعده، وأنه يصح ايداعه بدونه، أو يكون جاهلاً، أو أنه معذور بأن يكون النهي بسبب خاص من قبل (قيل-ح) قولنج ونحوه، فتأمل.

ثم انّ الطاهر أنّ حكم الاطلاق، هو حكم الامر بالعلف والسقي، لوجوبه عليه، فكانّه قال: ودبعة عندك، واعلفها، واسقها، و الامر الضمني هنا موجود، وحكمه حكم الصريح، اشارة اليه في التذكرة.

ثم قال: لاخلاف في أنّه يجب على المستودع الانفاق على الدابة والادمي من ماله، لاصالة البرائة والتضرر المتني شرعاً، لكن ان دفع اليه المالك النفقة فذاك، وان لم يدفع اليه، فان كان المالك قد امره بعلفها وسقيها رجع به عليه، لأنّه امر باطلاق ماله فيما عاد نفعه اليه، فكان كما لو ضمن عنه مالا بأمره، واذاً عنه. فيه تأمل اذ الامر بها اتم من الرجوع، وفي الضمان ايضاً ما اشرنا اليه، الا ان يقال انه اجماعي، فان العادة اقتضت ذلك فتأمل.

وأما اذانهاء او لم يأمره، ولا ينهاء، فان امسك الرجوع اليه واخذ النفقة منه او من وكيله فذاك، والا جعل امره الى الحاكم، يفعل ما يرى، وان لم يمكن، يمكن ان يجب على ماقالوه من الوجوب مع النهي ايضاً، فتأمل، والرجوع اليه مع قصد ذلك، بل ينبغي الاشهاد على ذلك لو امكن، وينبغي الرجوع في صورة النهي ايضاً مع قصد الرجوع، او ايجاب الانفاق.

ولكن استشكل في التذكرة، قال: ولو ترك المستودع الانفاق، مع اطلاق لاستيداع، ولم يرجع (ولم يرفعه - خ) الى الحاكم، ولم (ولا أسق - خ) ينفق عليها، حتّى تلف، ضمن، ان كانت تلفت من ترك ذلك، لأنّه تعدى تركه، وان تلفت في زمان، لا يتلف في مثله لعدم العلف، لم يضمن، لأنّها لم تلف بذلك، ولو نهاه عن السقي والعلف، لم يضمن ترك ذلك، على ما تقدم من الخلاف وهل يرجع على المالك؟ اشكال، ينشأ من تبرّعه بالانفاق وعدمه (١).

وقد مرّ مثل هذه العبارة فيما تقدم، وقلنا أنّها تدلّ على عدم الضمان بالتقصير مطلقاً، بل إذا علم التلف به فقط، لا الاحتمال أيضاً. ولخلاف (١) إشارة إلى قول بعض بالضمّتان في هذه الصورة أيضاً، والاشكال في الرجوع، مع وجوب الانفاق على المالك والمستودع بعيد، فينبغي لجزم بالرجوع على تقدير الإيجاب، فتأمل.

ثم قال: إذا احتاج المستودع إلى إخراج الدابة لعلها أو سقي جازله ذلك، لأنّ الحفظ متوقف (يتوقف - خ) عليه ولا ضمان، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق أمناً أو مخوفاً، إذا حاف التلف بترك السقي، واضطر إلى إخراجها، وإن (ولو - خ) أخرجها من غير ضرورة للعلف، فإن كان الطريق أمناً لا خوف به ومكنه سقيها في موضعها، فالأقرب عدم الضمان، لا طراد العادة بذلك، وهو أظهر قولي الشافعية (٢) فع عدمه بالطريق الأولى، فلو قال: (وإن أمكنه)، لكان أولى، ولكن ما كان (أقرب) جيّداً، فكأنه لذلك شرط (٣).

وكأنه يريد بقوله: (واضطر) أنّ خوف التلف بترك السقي أكثر من تلّمه في الصريق لخوفه وإيضاً أنّ خلاف الأقرب قول بعض الشافعية وإن كان لموجود في بعض ظاهراً عبارات الأصحاب، مثل الكتاب أنّه لا يخرجها من منزله لسقي، إلا مع الحاجة، يدلّ على عدم جواز الإخراج إلا مع الضرورة والحاجة فبضم، فكأنه مقتد بما قاله هنا من عدم الأمن أو مع عدم العادة، بل كون العادة السقي في الست أو خوف التبرّد ونحو ذلك.

ثم قال: إذا تولّى المستودع السقي والعلف بنفسه أو أمر به صاحبه و غلامه، وكان حاصراً لم تزل يده، فذاك، وإن بعثها على يده السقي (للسقي - ح) أو

(١) يعني في كلام العلامة قسّ سرّه في التذكرة.

(٢) و (٣) تذكره ج ٢ ص ٢٠٣

امره بعلفها، واخرج (اخراج-خ) الدابة من يده، فان لم يكن صاحبها (صاحبه-خ) او غلامه اميناً ضمن، وان كان اميناً، فالاقرب عدم الضمان، لقضاء العادة بالاستنباط في ذلك، وهو اظهر وجهي الشافعي (الشافعية-خ) (١)، فينبغي ان لا يكون الخلاف في جواز السق والعلف بالاخراج بيد الغلام والصاحب مع العادة، وكون المستودع متين لا يتعاطى مثله بنفسه، لأن ايداع مثله تجوز لذلك، وينبغي كذلك في جميع صور الايداع، في جميع الامور مثل حفظ المتاع بالليل وكنسه وبسطه ونشره الى الهواء ونحو ذلك.

وانه اذا كان هو حاضراً بنفسه ناظراً اليه بحيث يغيب عنه بحيث لا يمكن (٢) الخيانة.

لا يكون فيه ايضاً ضمان واثم، للعادة والعلة، وان مجرد وضع علف او ماء قدامه ليس تصرفاً موجباً للضمان، بل المراد الاعطال بيده، لذلك، كما يفهم من قوله: (وامره بعلفها واخراج الدابة من يده) وما قبله.

والظاهر انه يريد بالأمين هنا الذي يوثق بانه لم يخسّر الوديعة، ولم يخالف ما امر به غالباً وعادة، ويمكن ارادة العدل فيشكل الأمر. ولعل المراد بالصاحب كل من يصلح لذلك.

والظاهر انه لا يضطر كون الوديعة في البيت محفوظاً (محزراً-خ) مع وجود اهله واولاده فيه بحيث يرونها، وان كان في بعض الاوقات، وهم يكونون في بيت الوديعة فقط للعادة، بان كان بساطاً (فان تساهلاً-ح ل) مثلاً اذا كانت الوديعة محفوظة في البيت الذي هو حرزه، وفي البيت اهل الانسان واولاده، وقد يغيب

(١) يبي قال: فان كان الطريق أمناً النسخ.

(٢) في بعض النسخ: ولا يمكن الخيانة مدل بحيث لا يمكن الخيانة

عهم للصلاة وللزيارة والضيافة، بل قد يكون الليل غائباً عنها، فيمكن ان لا يضّر مثله، للعادة، مع كون الاولاد والاهل اميناً، بالمعنى المتقدم، وعلى تقدير الشك لم يكن ضامناً، للعادة، وعدم تكليف اكثر من ذلك، فإن التكليف لحفظ امر قليل - مثل بسط عتيق (عقيق - خ) بمثل هذا التكليف الخارج عن العادة بلا دليل واضح ونص - لا يخلو عن اشكال، وسد لقبول الوديعة التي هي (١) من لمصالح العامة العظيمة.

وكذا القول لهم: افتح باب هذا البيت الذي فيه الوديعة بحضوره وغلقه وقفله، بل تسليم المفتاح الى امين للحفظ، بل للشك ان لا يأخذ امانة نفسه (٢) من البيت من دون ان تباشر الوديعة (ان يباشر الوديعة - خ) وان كان ظاهر بعض الامور يقتضي عدم ذلك كله، للشك والاحتياط في ذلك ان امكن، فتأمل في امثال ما اشرنا اليه، مع أنه يمكن، ولا يبعد الضمان مع كونه جائزاً، ان كان ذلك سبباً فقط، لتلف، مع عدم ظهور اذن المالك بذلك، هذا.

وقال في شرح الشرائع: واعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافياً في الحرز بل لابد منه من كونه محرراً عن غيره، بان لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق، يداخري مع كون السيت محرراً بالقفل ونحوه، او كون الصندوق محرراً بالقفل كذلك، وكونه كبيراً لا ينقل عادة الخ.

وانت تعلم أن الشريك مع حضور الودعي لا يضّر، وأنه اذا كان الدار فيه تاس والبيت كذلك مع الصندوق، ويمكن فتح الباب وفتحه وكسره واخذ ما فيه مما ذكره - مع أنه صعب - لم يكف.

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب هو: ان الصمير يرجع الى قبول الوديعة كما لا يخفى.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة، بل لأحد امانة نفسه بدل قوله: ان لا يأخذ امانة نفسه.

ولو اهل ضمن الا ان ينهائى المالك، فيزول الضمان،
لا التحريم.

ويمكن الاكتفاء بما قلناه للعادة، مع الأمانة، خصوصاً اذا كان معلوم من
حال المودع الرضا عليه وعدم ارادة الضبط الى هذا المقدار، وعدم معرفته، بأن مثل
هذا المقدار واجب، فتأمل.

ثم قال: لو نهائى عن العلف لعلته تقتضي النهي، كالقولح، وشبهه، فعلمها
قبل زوال العلة فانت، ضمن، لأنه مفترط.

هذا مع العلم بالعلة ظاهر، ويمكن مع الجهل، حيث قصر في التحقيق.

ثم قال العبد المودع، والأمة المودعة كالدابة في جمع الاحكام (١).

يمكن عدم النزاع هنا في وجوب الاتفاق مع النهي ايضاً، لحرمة الأدمي
المسهم، الا ان يكون كافراً، ففيه تأمل وإيجابهم الاطعام - وان اريد قتله من الحربي
المسي - يدل على ذلك هذه الطريقة الاولى.

ثم قال: لو اودعه نخلأ، الاقرب ان سقيه واجب، كما قلناه في الدابة، وهو
احد وجهي الشاعمية، وفي الثاني أنه لا يضمن بترك السقي، اذا لم يأمره بالسقي.
فيدل على أنه يريد بالوجوب الاول الضمان او معه الضمان.

ودليل الضمان مع التترك انه ترك لحفظ الوديعة، فان حفظها بالسقي
كالدابة، او الشوب الصوف من منع الدود، وتعرضه للريح ونحو ذلك مثل الكتب
وجميع ما يحتاج الى المراعات من السقي وغيره.

ون انظر مع النهي عدم الوجوب لعدم الروح، كما مر وعدم لضمان
ايضاً بالطريق الاولى.

قوله: ولو اهل ضمن الخ. طاهر أنه يصير بالتقصير صامماً مطلقاً، سواء

(١) في التذكرة، (ماتقدم) يدل ("أحكام").

ويقتصر على ما يعينه المالك من الحرز.

تلف بذلك التقصير أم بغيره بعد مدة، فيكون التعدي موجباً لكونه غاصباً وضامناً، دائماً ومطلقاً، ألا أن ينهى عن العلف والسقي، فيأثم، ولا يضمن، وقد مر تفصيله وتحقيقه فتأمل.

قوله: ويقتصر على ما يعينه الخ. إشارة إلى الخامس الذي أشار إليه في التذكرة، بقوله: الخامس في المخالفة في كيفية الحفظ الخ.

قد مر أنه يجب حفظ الوديعة مع تعيين طريق له على حسب العادة، والذي أفهمه أن ذلك يختلف باختلاف المستودع والوديعة، إذا أودع بقرأ أو غنماً ممن ليس شأنه حفظهما بنفسه ولا بأهله، بل إنما يحفظهما راعيها فالعادة جارية بأن يستعملها في الرعي، فطريق حفظها أن يسلم إلى راع لم يكن ظاهراً خائناً، كما يسلم ماله إليه، فيكون الليل والنهار عنده.

وبالجملة كل مال يقتضي العادة تحفظه على نحو خاص لو استودع من شخص، لم يكن عليه حفظه أكثر من ذلك الطريق الذي يقتضي العادة مثله، بل لظاهر أنه لو أودع شيئاً من شخص معين ليس من شأنه حفظه بنفسه، مثل لسلطان، فيجوز له الحفظ بعلمانه ووكلائه وكذا بأهله وولده إن كانوا من ههـ.

ويؤيده ما قل في شرح القواعد، بعد أن نقل أن الأقرب أنه يجوز الإخراج من يده للسقي بيد العلام والصاحب مع الإمانة وما قرره قريب وربما قيل، أن لوحهين مخصوصان من يتولى ذلك بنفسه، فإما غيره فلا ضمان قطعاً، ولا يخلو عن وجه. وهذا كلام حسن جداً وبالجملة إيجاب أكثر مما يقتضيه العادة والعرف

مشكل بل زيادة على ما يحفظ العاقل الرشيد الضابط العير المسامح في ماله بوجه. وحينئذ يسهل قبول الوديعة في الجملة، والآ على ما يفهم (١) من ظاهر

(١) يعني وأن من في كيفية حفظ الوديعة عما يقتضيه العادة والعرف فلا بد من الترجعة إلى ما يفهم

كلام الاصحاب، من جواز تسليمها للعلف والسقي ايضاً الى الغلام واصحابه،
الا مع الأمانة او كون الودعي معها، وان كان بعض العبارات مثل عبارة الشرايع
مطلقة غير مقيدة، ولكن قيدها الشارح.

وايضاً قال: ايضاً، واعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافياً في الحفظ، بل
لابد معه من كونه محرراً عن غيره، الا بان لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق
يد أخرى، مع كون البيت محرراً بالقفل ونحوه او كون الصندوق محرراً بالقفل
كذلك، وكونه كبيراً لا ينقل عادة بحيث لا يمكن سرقة كذلك مقللاً، وهكذا
القول في الاصطبل والمراح وغيرهما:

مع أنني ما فهمت كون الصندوق فقط محرراً للدرهم والدينار.
وايضاً قال في التذكرة: لو كانت له خزانة مشتركة بينه وبين ابنه فدفع
الوديعة ليضع (فيضيع - خ) في الخزانة المشتركة، فالاقرب الضمان، الا اذا علم
المالك بالحال.

وقال ايضاً: لا يجوز ان يضع الوديعة في مكان مشترك بينه وبين غيره،
وايضاً يشترطون عدم التصرف، وامكان دخول احد سوى الودعي على البيت الذي
فيه الوديعة سواء في ذلك زوجته وولده والاجنبي، وأنه لا يجوز ان يكون لهم عليه يد،
ولا يجوز أن يخلى ساعة واحدة عندهم، مع ان الانسان محتاج الى الخروج من بيته
للمعاش، وهو ظاهر.

والظاهر أنه لا كلام مع عدم كونهم أمناء او مع عدم جواز الابداع (١)،

من ظهر كلام الاصحاب من حواشي تسليمها الخ. وفي النسخة المطبوعة هكذا ولا يصعب على من يفهم من
ظاهر كلام الاصحاب الخ وعلى هذا لا يحتاج الى ما كتب، تذكر.

(١) في بعض النسخ: لو مع جواز الابداع.

الزيمي قاله ثلاثاً (١) وجه الاستدلال أن الله تعالى أمرنا بأعداد الزيمي ورباط الخيل للحرب ولقاء العدو، والأعداد لذلك إنما يحصل بالتعلم، والنهاية في التعلم المسابقة بذلك الخ (٢).

وانت تعلم أن لا دلالة في الآية الأولى على العقد المطلوب، وعلى تقديره لا تدل على مشروعيتها، فإن فعلهم ليس بحجة، وبمجرد عدم الإنكار لا يدل عليها، فإنه ليس في وقت الفعل، وقد نقل في القرآن العزيز كثير من المنكرات بدون الإنكار، وعلى تقديرها شرع من قبلنا ليس بحجة علينا.

والآية الثانية، أبعد، وهو ظاهر.

وأما الستة فما روى (ماروي-خ) عن النبي صلى الله عليه وآله، أنه قال: لا سبق لا في نصل أو خف أو حافر (٣)، والنصل يشمل الشاب، وهي للعجم، والسهم، وهو للمعرب، والمزاريق (٤) وهي الردينيات (٥) والرماح والسيوف، كل ذلك من النصل وسماه صادق على الجميع وأما الخف فالابل والعليلة، وأما الحافر فيشمل الخيل والبغال والحمير (إلى قوله): ومن طريق الخاصة قولهم عليهم السلام

(١) سمع عقبة بن عامر يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول وهو على المنبر: «أعدوا لهم ما استطعتم من قوة، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي» مستند حديث ج ٤ ص ١٥٧.

(٢) انتهى كلام التذكرة: ج ٢ ص ٣٥٣ وتامه: ليكد كل واحد منه في بلوغ النهاية وحق فيه انتهى موضع الحاجة من كلامه فتم سره. (٣) عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢٦٥.

(٤) والمزاريق من الرماح رمح قصير وهو الخف من العبرة وقد ررقه بالبرق زرقاً إذا طعنه ورماه به، لسان العرب ج ١٠ ص ١٢٩.

(٥) الردينية اسم امرأة والرماح الردينية مسوبة إليها الجوهرية القضاة الردينية والرمح الرديني رعمو أنه مسوب إلى امرأة السهمي ستي رخمه وكانا يتومان القضا بخط حجره الخ. لسان العرب ج ١٣ ص ١٧٨ لغة ردي.

فان نقل ضمن، الآ مع الخوف، او الى احرز، ولو قال:
لا تنقلها كيف كان ضمن الآ مع الخوف وان قال: وان تلفت.

كما يظهر من عدم جواز تسليم الوديعة الى اهلها، ومع التعذر الى الحاكم، ومع
التعذر الى العدل، فيكون هو حيث ذدياً، وقد صرح بعدم حواره عند الادل والولد
والزوجة كالأجنبي، الآ عند تعذر المالك والحاكم والحاجة، مع كونهم أمناء
كالأجنبي، وان كان ظاهر كلامهم من جواز التسليم الى الغلام للسقي والعف
مشعراً بذلك.

و كيف لا يجوز ذلك، فان عدمه بسد باب قبول الوديعة، فان المال
الذي يحتاج الى الرعي وحفظ الراعي كيف يكلف به السلطان او رجل كبير
حاكم او من اهل العلم او العاجز عن الرعي، والحفظ في المراح، بها، ولكن
الاحتياط هو طريق السلامة، والله الهادي.

واما عدم جواز تغيير ماعينه المالك من الحرز فالظاهر عدم الجواز ولو الى
الأحرز وقوفاً في التصرف في مال الغير بما هو مأذون فيه يقيناً.

نعم لو علم بالمقراض أنه يجوز التغيير الى المساوي بل الأدون ايضاً، ان علم
أن غرضه من التمين أنه احرز او حرز او اباح له التصرف في ماله مطلقاً، وعلى أي
وجه اراده، فيجوز.

وكذا اذا علم التلف فيما عينه، وحينئذ ينقل، ولا يضمن لأنه محسن
ولاسبيل عليه (١) ولأنه اقرب الى الحال التي هي احسن، ويجوز بالآية بل بالعقل
ايضاً في مال اليتيم أن الاهتمام به اكثر بالعقل والنقل (٢).

قوله: فان نقل ضمن، الخ. يعني اذا نقل الوديعة الودعي عن الحرز

(١) اشارة الى قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل التوبة: ٩٣.

(٢) اشارة الى قوله تعالى: ولا تقرروا مال اليتيم الا بالقي هي أحسن الاتمام: ١٥٤.

الذي عيه المالك يصير بذلك ضامناً مطلقاً.

وإن ظاهره يكون آثماً ايضاً، ولا يخلص عنه إلا بوضعه في يد المالك.

والظاهر أنه يكفي الاسقاط والاذن في التصرف بعده، أو الاعادة مرة أخرى، لأن ذلك كله بمنزلة وضع يد المالك، ثم الاعطاء وقيل لا بد من الأخذ ثم الاعطاء لأن على اليد ما اخذت حتى تؤدى (١) على تقدير تسليم سنه وعمومه، فإن ذلك بمنزلة الاداء.

إلا أن يكون النقل للخوف عن التلف لو لم يسقل، فإنه حينئذ لم يضمن ولا يآثم، لأنه محسن.

هذا مع العلم بأنه يتلف لو لم ينقل، ظاهر، كعدمه مع الوهم والشك وأما مع الظن، فالظاهر أنه كالعلم لاشتراك الدليل، ولأن الغالب أن حكمه حكمه.

وكذا لو نقل إلى الآخرن وقد مر البحث فيه، وإن الظاهر الضمان حينئذ ايضاً، وهو مختار ابن ادريس بل الشيخ على ايضاً.

هذا إذا لم ينه، وأما إذا نهى، وقال: لا تنقلها، ضمن كيف كان، أي سواء نقل إلى الآخرز ام لا.

ولا يضمن حينئذ مع الخوف ايضاً، فإنه لا يضمن حينئذ بوجه، وإن قال: لا تنقل، وإن تلفت وإن حصل الخوف على تلفها، بل علم أنها تتلف مع عدم النقل وسلامته بدونه لما مر.

ولكن الظاهر حينئذ الضمان بل الآثم ايضاً، إلا مع العلم بالتلف مع

علمه.

والظاهر أنه لم يجب النقل حينئذ للأصل، ولأن المالك قد يعرض عنه،

(١) سنن أبي داود ج ٣ باب في تضمين العارية ص ٢٩٦.

والمستودع أمين لا يضمن بدون التفريط، ولا يأخذها منه قهراً.
ويجوز الحلف للظالم ويؤري.

ولا يجب على الغير حفظه والسعي في حفظه، فكذا هنا، إذ ليس باقل من الاعراض، وهو مثل ترك النشر في الثوب واللبس الذي هما سببان لحفظ الوديعة وبدونها يتلف مع التهيء، وقد مر من التذكرة، أنه مكروه في موضع، والاشكال، والاقرب أنه حرام في آخر.

قوله: والمستودع أمين الخ. قد مر أيضاً ما يدل على أنه أمين، ولا يضمن إلا بفعل ما يجب تركه مثل الانتفاع بالوديعة، والايذاء بغير الاذن، او بترك ما يجب فعله، مثل ترك الحفظ والمراعات وترك السقي والعلف ونحوها.

ولا يضمن أيضاً إذا اخذ من يده قهراً، إذا لم يكن هو سبباً لذلك، كما لو سعى الى الظالم، وقال له (١)، ثم لم يقدر على منعه، حتى اخذه قهراً، لأنه مفترط في الحفظ، فهو ضامن للتفريط والتقصير، والظالم أيضاً للأخذ، بخلاف ما لو كان الساعي غيره، فإن القاض يضمن فقط، دون الساعي.

وكذا لو احبر السارق فسرق، والظاهر انه في صورة ليس له دخل وسبب في الضمان لافرق في عدم ضمانه بين اخذ الظالم بيده من مكانه وبين امره قهراً، بان يسلمها الودعي اليه، فليس له إلا مطالبة الظالم، لا (٢) أنه محير بين مطالبة أيهما شاء، إلا أن الودعي يرجع الى الظالم، ويستمر الضمان على الظالم دونه، لأنه أمين ماظهر منه سبب الضمان وخيانة بالفرض.

قوله: ويجوز الحلف للظالم ويؤري الخ. يعني إذا احتاج الى اليمين بان ليس عنده مال فلان ليندفع الظالم بذلك يجوز هذا الحلف وليس بمحرم، بل قد يجب، لأنه سبب للحفظ، بل هو نفس الحفظ، وهو واجب، ولكن يؤري في الحلف، وكذا

(١) بمعنى قال له: عدي امانة. (٢) في النسختين في النسخ الآ، بدل لا، والصواب ما أثبتناه.

في كل كذب، اذا الجئ اليه بما يخرج عن الكذب.

وينبغي ان يقصد ما يمكن اطلاق اللفظ عليه بقرينة مجازاً، ان عرف وعلم،
والآ يأتي بالكذب ويخلف عليه.

والظاهر ان لا خلاف فيه (في ذلك - خ) بين المسلمين، كالكذب واليمين
المنقذين، لخلاص النبي عليه السلام (صلى الله عليه وآله - خ) عن القتل والأذى،
بل المسلم الغير المستحق.

ولا يكون حينئذ هذا الكذب قبيحاً ولا مضراً، بل يصير واجباً ونفعاً
محضاً، لا أنه قبيح وضرر، ولكن يجب ارتكاب أقل القبيحين وأخف الضررين،
(اذ - خ) لا قبح ولا ضرر حينئذ، والآ يلزم اجتماع القبح والحسن والضرر والنفع
في شيء واحد، فيلزم المدح والذم، بل الثواب والعقاب في شيء واحد شخصي،
وهو محال.

ويلزم العقاب على مثل انقاده عليه السلام (صلى الله عليه وآله - خ)
والالزام والايجاب ثم العقاب، وهو قبيح بديه.

ولعل من قال ذلك (١) يريد أنه باعتبار الاصل كان قبيحاً، فالآن ارتكب
أقل القبيحين بذلك، وهو بعيد، لا يحتاج الى قول ذلك وارتكابه.

على أنه ذكر ذلك في جواب اعتراض من قال: ان الكذب قبيح لذاته فلا
يمكن حينئذ رده والمصير الى ان الحسن والقبح لذاته او لأمر لازم لهما، كما يريد
المجيب.

ومن هذا ظهر ان المذهب الحق في الحسن والقبح العقليتين جواز استنادهما

(١) في هامش بعض النسخ المحطوطة هكذا: قاله سلطان المحققين حواحه مصير الملة والدين والشهيد

الثاني (منه رحمه الله).

ولا يصح ودیعة غیر العاقل، فیضمن القابض، ولا یبرأ بالرد
الیه، وان کان ممیزاً.

ولو اودع لم یضمن بالتفريط.

وبجوز السفر بها مع خوف الإقامة بها ولو ظهرت اشارة الخوف
فی السفر لم یجز.

الی الوجوه والاعتبارات، كما قيل فی لطم الیتیم، وآلا یلزم عدم جواز النسخ (١)،
وهو ظاهر، ونمام تحقیقه فی الاصول.

قوله: ولا یصح ودیعة غیر العاقل الخ. بل غیر الرشید ایضاً، وقد مرّ
تحقیقه، وأنه یجب حیثئذ تسلیم الودیعة الی الولی، وأنه لا یصح وضع الودیعة ایضاً عند
غیر العاقل الرشید، وأنه لو تلف عنده لم یضمن، إلا أن یتكون ممیزاً عاقلاً، وتلف،
فیمكن ضمانه، وهو مختار التذكرة والشیخ علی، فتأمل.

قوله: ولو اودع لم یضمن الخ. أى لو اودع غیر العاقل لم یضمن
بالتفريط، فقید (بالتفريط) مشعر بأنه یضمن بالا تلاف، وصرح به فی التذكرة،
وقد مرّ تفصیله.

قوله: وبجوز السفر بها الخ. یعنی یجوز للودعی السفر (مع خوف تلفها
بالاقامة بها، وهو ظاهر، وبدونه ایضاً - خ)، للاصل، ولأن المنع ضرر منعی.
والظاهر أنه غیر مقید بالضرورة والحاجة، لذلك (٢).

ویحتمل التقييد بها وبعدم امکان تسلیمها الی المالك ووكيله، (والحاكم بل
الثقة - خ)، لأنه یستلزم إما السفر بها أو الايداع مع تعذر التسليم، وكلاهما لا یجوز
اختیاراً بغير اذن المالك، صرح به فی شرح القواعد، ولكن قال: (الحاجة) (٣)، لم

(١) فی بعض النسخ المخطوطة اتفق بدل النسخ.

(٢) أي للاصل.

(٣) سیأتی نقل عبارة شرح القواعد.

أجد أي شيء، يراد بها في كلامهم.

ويفهم من التذكرة، أن السفر بالوديعة ليست بحاجة، ويفهم من شرح القواعد أنه حاجة.

ويمكن أن يحال إلى العرف كغيرها من الأمور التي لا تعين لها في الشرع، فلو كان ضرورة وحاجة لا يرتكب منها عرفاً للوديعة، يودع، وآلاً فلا.

والسفر الواجب (١) بأصل الشرع للحج والنذر والسفقة وإداء الدين وتحصيل العلوم الواجب وهو ضروري وعمل حاجة.

وإذا أراد السفر فلا يجوز أن يسافر بها، فلا بد أن يسلمها إلى المالك أو وكيله، فإن تعلّف فإلى الحاكم.

قال في التذكرة: يجب عليه قبولها، لأنه موضوع للمصالح.

قال في القواعد: والأقرب وجوب القبض على الحاكم، قال في شرحه: أي إذا جاء بالوديعة المستودع عند إرادة السفر والحاجة وجب عليه القبض ووجه القرب أنه منصوب للمصالح، ولو لم يجب القبض فانت المصلحة المطلوبة من نصبه، وهو الأصح ويحتمل ضعيفاً لعدم تمسكاً بأصالة البراءة (٢).

الظاهر أنهم يريدون الوجوب العيني، وآلاً الكفائي على كل أحد، لا خصوصية له بالحاكم.

وفي كون الحاكم منصوباً لمثل هذه المصلحة مع، ودفعه (رفعه - خ) بالدليل غير ظاهر. بل هو منصوب للحكم والقضاء، ويمكن لحفظ ما يتلف من مال الاطفال والغياب أيضاً، إذا لم يوجد من يحفظه، وهنا يمكنه الحفظ بنفسه بعدم

(١) يمكن أن يكون عسماً على قوله: أن يحال، يعني ويمكن أن يراد السفر الواجب بأصل الشرع

(٢) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٢٧ من الطبعة الحجرية.

السعر، ألا أن يكون ضرورياً، وبالإيداع عند ثقة.

نعم لو تعذر تعيين عليه، كما لو تعذر غير ثقة وحده (واحدة-خ) يجب عليه عندهم عيناً، وإن لم يكن حاكماً، فلا فرق، فكون الاحتمال ضعيفاً، محل التأمل. ثم قال في القواعد وكذا المديون والغاصب إذا حملا الدين و (أو-خ) الغصب اليه، قال الشارح: ولا يمتنع (١) هذا بارادة السفر بالنسبة ولا الحصول الحاجة بالنسبة الى الغاصب، لأن يده يد عدوان، وينبغي ان يكون في المديون ذلك، لأن براءة الذمة امر مطلوب، والمراد بقوله: وكذا الخ، المساواة بينها وبين المستودع في وجوب القبول على الحاكم، اذا حملا المال اليه، ويحتمل عدم وجوب القبول، نظراً الى أن البقاء في يد الغاصب أعود على المالك، لكونه مضموناً في يده، وكذا المديون، لأن الدين في ذمته (٢).

ولا شك أنه احوط، لو لم يكن معارضاً (٣) والظاهر ان ليس المراد بوجوب قبضه وقبوله، اعم من ان يقبض بنفسه ليصير (فيصير-خ) هو بنفسه الودعي، او يعين له اميناً يقبض بحكمه، لا بوكالته، فصار ذلك الأمين ودعياً، لا الحاكم، لأن الحاكم لها (٤) مشاغل، وامثال هذه الامور كثيرة، فلا ينبغي تكليفه بنفسه، لأنه قد يؤل الى العجز وتعطيله عن سائر الأشغال، فتأمل، فان تعذر الحاكم بوجه يودعه من ثقة لا غير.

أما جواز الإيداع فكأنه للاجماع ودفع الحرج في الجملة، وأما علمه عند غيره فكأنه للاجماع ايضاً، وما رأيت فيها خلافاً، اولاً أنه غير مأذون له من المالك، ولا من الشارع لعدم الوثوق بالحفظ، فيصير المال في معرض التلف، وحينئذ يجوز له

(١) في جميع النسخ (ولا يمتنع) بدل، (ولا يمتنع) والصواب ما التبتاه، كما في شرح القواعد ايضاً.

(٢) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٣٧. (٣) وفي بعض النسخ، لو لم يكن له معارض.

(٤) هكذا في جميع النسخ، والصواب (له) بدل (لها).

ان يسافرها، بل يجب مع أمن الطريق.

وكذا يجوز السفر بها مع خوف التلف في الإقامة بها، يعني اذا كان مع الإقامة بالوديعة خوف تلفها، يجوز السفر بها، ويمكن ايجابه حينئذ فانه حفظ، والحفظ واجب، ويمكن عدمه، لانه مشقة زائدة، الاصل عدم وجوبها. هذا اذا لم يكن في السر خوف، وأما اذا كان مشتركاً مطلقاً مع التساوي وعدمه، ويحتمل مع التساوي او الرجحان لا يجوز السفر بها واليه اشار بقوله: (ويجوز السفر الخ).

وقال في شرح القواعد، ثم الذي يراد بالسفر هنا لم اقف على تحديد، والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة، فعل هذا لا يجب الرد الا بالخروج الى مسافة، وهو مشكل، لانه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لا يعد في يده عرفاً، يجب ان يقال انه ضامن، لانه اخرج الوديعة من يده فقصر في حفظها فيضمن، وينبغي الجزم بان تردده في البلد وحوله في المواضع التي لا يعد الخروج اليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعه عنه كالبساتين ونحوها، لا يجب معه رد الوديعة، وتعذر المالك والحاكم والثقة يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة التي يعد ذلك معها في العادة متعذراً، واذا لم يجد واحداً من المالك والحاكم والثقة لم يجزله سفرها، ولا تركها في غير يد الثقة. لكن يلوح من عبارة التذكرة انه اذا التزم خطر الضمان يجوز له السفر بها حيث خيره بين امرين إما تأخير السفر او التزام الضمان.

هذا كله اذا لم يكن السفر ضرورياً، ومع الضرورة وفقد الجميع يسافرها

ولا ضمان، اذ لا ضرر ولا ضرار.

ونقل في التذكرة على ذلك الاجماع (١).

واعلم أنه ليس في الآيات والاخبار ما يمنع السفر بالوديعة، ولا عدم السفر للودعي، ألا بان يسلمها الى المالك او الحاكم او يودعه عند ثقة، حتى يجب علينا تحقيق السفر، بل هو كلام الفقهاء بل فقهاء العامة، ثم قاله الاصحاب ايضاً. والذي علم، أنه يجب حفظها على ما يقتضيه العرف والعادة حفظ ذلك الشيء عن مثل هذا الشخص، كما اشرنا اليه، فيجوز له فعل كل شيء ما لم يكن تركاً للحفظ عرفاً، ولا يجب الكون عندها، بعد وضعها في الحرز. قال في التذكرة: لو كان الحرز خارجاً عن داره التي يأوى اليها، وكان لا يلاحظه، فان كان يشاركه غيره ضمن، وآلاً فلا.

فتأمل فيه، فاذا كان السفر والخروج من بلدها بحيث لا يقال عرفاً أنه حافظ لها، فلا يجوز الخروج عنها الى ذلك الحد، وآلاً حاز وكذا كونها معه خارجاً الى الصحراء لاعمارة فيها، وفيها الانسان، ويحتمل وجود احد فيه يأخذ الوديعة عنها عرفاً، وقد يتفاوت ذلك في الوديعة والودعي والخروج والاقامة، فان الظاهر ان الخروج من بلدها مع كونها محفوظاً (١) في حرزها، مع عدم امكان دخول احد في تلك الدار غير الشخص الذي يحفظ الدار مع امكان تلمه من جهته و(او-خ) من غيره ايضاً، لامانع من الخروج، ألا أنه لا بد من الوصية والاعلام حتى ان مات لم يفت ما ان الناس ولم يصراًئاً، وكذا الخروج بها الى موضع لا يمكن (٢) التلف فيه عادة فلا يصير اليه.

وفي البلد والخارج ايضاً مع الشرط المذكور وبدونه وكونه في معرض التلف مع كونه في حرز، بان يحجز احد يترك الحرز، ويخرجه قهراً وجهراً او سراً، اذا لم يكن الودعي، لا يجوز له الخروج الى الخارج، اذا كان موجباً لذلك، وكذلك الأخذ

(٢) في بعض النسخ ممكن التلف فيه الخ

(١) مكدا في جميع النسخ، والصواب محفوظة.

معه، فلا فرق بين البسيتين والسلد والخارج، فتأمل، فإنّ الفرض ذلك على لظاهره،
لأنّه لما كان الغالب الخطر في السفر دون الحضر، قالوا ذلك، فتأمل.
ولا بد في جوار السفر مع الضمان حصول الفرض في الجملة من الجانبين
مهما أمكن.

ولكن ينبغي ان لا يكون شيئاً يتعلق الفرض الكلّي بعينه، لا بقيمته، مثل
جارية نفيسة او قوس كذلك، وبالجملة كل ما يكون حفظاً والمال في الحرز، يجوز
فعله للودعي، ورتباً يكون كون غيره عند الوديعة في حرز احفظ لها، بان يكون غيره
شجاعاً يخاف منه الناس والحرامية، والسراق، ودون الودعي العدل، مع عدم
تسبّط الغير على الودعي معه والامر من جانبه من التصرف في الوديعة.
وكذا اذا كان السفر بها احفظ من عدمه، وكونه عند الوديعة، بان يكون
سافراً معلوم الأمن، وكون المسافرين كلّهم امناء شجاع من امن الطريق، بخلاف
البلد، فإنهم لو سافروا هؤلاء، وبقي السراق، ولا يقدر الودعي مقاومتهم، مع كون
المال في الحرز، فينبغي ان يحمل الضابطة هو الحفظ والحرز بنظره وعلمه، ومع ذلك
لا يبعد كون ذلك مع الضمان بالشرط المذكور فتأمل.
ويتفاوت بالنظر الى المالك المودع ايضاً، وقد مرّ الى لكل اشارة
فتذكر.

ومما يؤيد انّ نظرهم الى ما قلناه، أنهم قالوا: حرز الدراهم هو الصندوق،
مع اننا نجد انّ التلفن اولى له حرزاً.
وقد نبهوا ايضاً على ذلك، حيث قالوا: لو اراد السفر فقلعها ضمن، الا أن
يخاف المعاجلة، أي معاجلة السراق الى الوديعة، او معاجلة الرقضاء في السفر عن
الودعي، والاّ اول أظهر.
وقالوا: هذا اذا لم يعلم احداً، وأما اذا أعلم ثقة وكان ساكناً في الموضع

ولو انكر الوديعة - او ادعى التلف، او الرد على اشكال، او عدم
التفريط او قدر القيمة - فالقول قوله مع اليمين.
ولا يبرأ لو فرط بالرد الى الحرز

الذي دفن فيه الدراهم، بحيث يكون يده عليه وتعدر الحاكم والثقة معه بعد المالك،
جاز من غير ضمان، لأنه كالايداع.

وهذا دليل على كون الدفن حرزاً، وهو ظاهر، ولكن ينبغي ان يكون شيئاً
لا يفسده الدفن، كالدراهم، وهو ظاهر.

قوله: ولو انكر الوديعة النسخ. الظاهر ان لا اشكال في أن القول قوله، اذا
انكر الوديعة، لأنه منكر محض، وكذا القول قوله في التلف، سواء كان ادعى
بسبب ظاهر او خفي، لأنه امين في الآية والاخبار بل الاجماع (١).
والظاهر ان لاخلاف فيه ايضاً، وان كان خلاف الاصل - للآية
والاخبار وسيجيء بعضها في العارية ايضاً.

ولأنه لو لم يكن كذلك ينسد باب قبول الوديعة، ففي ذلك حكمة بالغة.
وانما الاشكال المذكور في كون القول قوله في الرد، فان اصل العدم - مع
عدم الاجماع هنا - دليل العدم، بل يكون عليه البيئته وعلى المالك اليمين بعدم الأخذ.
ولكن الاكثر وظاهر الآية بانه امين، والاخبار كذلك، وبأنه ليس
بضمان (٢) و (٣) يؤيد الاول فتأمل.

قوله: ولا يبرأ لو فرط النسخ. أي لو فرط في الوديعة، بان ترك ما يجب،
ويوجب الضمان، او فعل ما يحرم كذلك، ضمن وأثم، ومثل ان اخبره من الحرز

(١) عنه اشارة الى قوله تعالى: وما على الحسنين من ميل. التوبة: ٩٣ ولنا الاخبار فراجع الوسائل كتاب
الوديعة ج ١٣ ص ٢٢١.

(٢) ولعل الصواب، ليس بضامن.

(٣) مكدا في جميع النسخ، والظاهر زيادة كلمة ولو كما لا يخفى.

ويبرأ بالردّ الى المالك، أو وكيله أو الحاكم مع الحاجة، أو الى ثقة معها، اذا فقد الحاكم.
ولو دفعها الى الثقة مع قدرته عليه، أو على المالك، ضمن.

الذي عينه المالك لا بسبب، بل عدوان أو بقصد الخيانة، لا يبرأ من ذلك إلا بالردّ الى الحرز التام الذي لا قصور فيه بوجه ما، لأنه ضمن، والاصل بقائه.
وقد مرّ تفصيله، وأنه يبرأ بالتسليم الى المالك أو الوكيل، ومع عدمها الى الحاكم، ومع عدمه الى الثقة.
وقد مرّ أنه يبرأ بالاسقاط والايداع ثانياً، والاذن في الحفظ، واختاره في التذكرة وفي القواعد وغيرهما، وأنه احوط.
قوله: ويبرأ بالردّ الخ. يحتمل ان يكون من ثقة ماسبقه، وان يكون أوّل المسألة، وهو الأظهر، وقد مرّ تفصيله.
قوله: ولو دفعها الى الثقة الخ. أي لو خالف الترتيب السابق، بأن أعطى الحاكم مع امكان المالك أو وكيله، ضمن مع الحاجة وعدمها، وكذا الى الثقة، وكذا لو اعطاها مع امكان الحاكم أو المالك أو الوكيل، ضمن، قد مرّ الكل.
وهذا اشارة الى السبب الثاني الموجب للضمان، وهو الايداع الذي ذكره في التذكرة.

قال: اذا اودع المستودع الوديعة غيره، فان كان باذن المالك فلا ضمان عليه اجماعاً، لانتفاء العدوان، وان لم يكن باذن المالك، فلا يخلو ان يودع من غير عذر أو بعذر (لعذر-خ)، فان اودع من غير عذر ضمن اجماعاً، لأنّ المالك لم يرص بيد غيره وأمانته، ولا فرق في ذلك الغير عبده أو زوجته أو ولده أو اجنبياً عند علمائنا اجمع الخ (١).

وكأنّ السفر المطلق عندهما يفهم من كلامهم أنّهم (١) لا يشترطون في السفر الحاجة والضرورة، بل يجوزون السفر، فيودع حينئذ.

وان المراد اذا لم يدلّ لفظ او قرينة على جواز وضعها عند غيره، بل يحفظها بنفسه فقط، كما دلّ عليه قوله: (لان المالك لم يرض) فلو فهم رضاه بأيّ شيء كان، كما اذا اودع دواب عند امرأة غير برزة مستورة، فانه ظاهر جواز حفظها بغيرها متى ترضى تلك المرأة، فان المرأة ماتت ان تحفظها وترعاها وتسقيها وتعلفها بنفسها، وهو ظاهر.

وامّا الايداع عند الغير بان يقطع نفسه عن الوديعة بالكلية ويكون الغير الودعي، فمعلوم انه لا يجوز ما لم يأذن المالك، فتأمل.

وايضاً اذا اودعه من الغير فختلف، فمن الدافع والمدفع اليه، فله ان يرجع على ايّهما شاء، ولكن لو رجع على الاول لم يرجع على الثاني، بخلاف العكس. وهذا مع جهل الثاني لا بأس به، ومع علمه كالغاصب، على انه قد يناقش في الاول في الرجوع الى الثاني مطلقاً (٢)، فتأمل.

وقال ايضاً لو عزم الودعي على السفر كان له ذلك، ولم يلزم المقام لحفظ الوديعة، لأنه يتبرّع (متبرّع - خ) بامساكها الخ. كأنه يريد: مع امكان الدفع الى المالك او الوكيل او الحاكم او الثقة بالترتيب المتقدم.

كأنه لا خلاف فيه، والا فيشكل السفر بها وبدونها. وايضاً قال: إنه يجب قبول الوديعة كفاثياً، فيكون متبرّعاً.

(١) لعل الصواب، فانهم لا يشترطون.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة زاد بعد قوله: مطلقاً: هكذا يفهم من ظواهر كلامهم.

ولو أراد السفر، فدفنها ضمن، إلا مع خوف المسارعة.

وكأنه لما كان كفاتباً كان متبرعاً، فتأمل.

وقال: إن سافر بها مع امكان دفعها إلى أحد المذكورين بالترتيب، ضمن عند علمائنا اجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو آمناً (فتأمل - خ).

وقال أيضاً: إذا سافر بها مع الاضطرار بأن يضطر إلى السفر، وليس في البدد حاكم ولا ثقة، ولم يجد المالك ولا وكيله، أو اتفق الجلاء لاهل البلد أو وقع حريق أو غارة أو نهب، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل، سافر بها، ولا ضمان عليه اجماعاً.

قوله: ولو أراد السفر فدفنها الخ. قد مر شرحه، قال في التذكرة، لو عزم المستودع على السفر، فدفن الوديعة، ثم سافر ضمنها، إن كان قد دفن في غير حرز، وإن دفنها في منزله في حرز، ولم يعلم بها أحداً، ضمنها أيضاً (١)، لأنه ربما هلك في سفره فلا يصل صاحبها إليها، وإن اعلم بها غيره، فإن كان غير أمين ضمن أيضاً، لأنه قد زادها تضييعاً، وإن كان أميناً، فإن لم يكن ساكناً في الموضع ضمنها، لأنه لم يودعها عنده، وإن كان ساكناً في الموضع، فإن كان ذلك مع عدم صاحبها والحاكم جان، لأن الموضع ومافيه، في يد الأمين والاعلام (فالاعلام - خ) كالإيداع، وهو اظهر وجهي الشافعية، والثاني أنه يضمن، لأنه اعلام لا إيداع، وإن كان مع القدرة على صاحبها أو وكيله (٢) ضمن، وإن كان مع القدرة على الحاكم فعلى الوجهين السابقين (٣).

والوجه الثاني للشافعي يرى أوجه، لأن الإيداع يستلزم إيجاب الحفظ والقبول، على مآلوه، بخلاف الاعلام، إذ حينئذ غير معلوم وجوب الحفظ وقبوله،

(١) رد في التذكرة بعد قوله: أيضاً: لأنه ضرورياً.

(٢) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ: وإن كان مع القدرة على المالك أو الوكيل الخ.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

الآ ان يدل قرينة على ان المراد من الاعلام الايداع، وفهم وقبل (١).

او (و-خ) قيل ان السكون في الحرز (٢) مع العلم بما فيه مستلزم لليد عليه، فدخل في يده، فيجب، عليه الحفظ، مع أنه لا يحتاج الى حفظ كثير، وحينئذ لا وجه للثاني، فتأمل.

وايضاً عبارة التذكرة هنا خالية عن استثناء خوف المسارعة، فلا فرق بين صورة خوف معالجة السراق الى سرقتها او معالجة الرفقة (٣) الى السفر، فيلزم كون الودعي بلا رفيق، مع اضطراره الى السفر وعدمها (عدمها-خ) وان كانت عبارة المصنف حالية عن الضرورة والحاجة الى السفر.

الآ ان يقال في صورة الخوف اذا ترك الاعلام، او كون الدفع في الحرز او مسكن الذي اعلمه لا يضمن، لو كان هناك مالك او وكيله او الحاكم او الامين (٤).

الا ان يقال لخوف المعالجة، ترك ذلك كله، ودفن، فلا يضمن حينئذ، الآ ان يتمكن من الاعلام وغيره معاشرط لعدم الضمان، ثم ترك، فيضمن، فتأمل.
قال في التذكرة: بعد ما تقدم - واذا دفن الودعة في غير حرز عند ارادة السفر ضمن، على ما تقدم، الآ ان يخاف عليها المعالجة، وكذا يضمن (٥) لو دفنها في حرز ولم يعلم بها اميناً او اعلم اميناً حيث لا يجوز الايداع عند الامين (٦).

(١) يمسى وفهم اللقطة أن مراده من الاعلام هو الايداع وقبل الايداع.

(٢) اشارة الى قوله في التذكرة: وان كان ساكناً في الموضع صعباً.

(٣) في بعض النسخ، الترجمة بدل الرفقة، والصواب ما أثبتناه.

(٤) يمسى لو حصل احد هذه الامور لم يكن الآخر ضامناً.

(٥) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ: وكذا لم يضمن الخ والصواب ما أثبتناه.

(٦) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

ولو ادعى الاذن في الدفع الى غير المالك .

ولا يفتى ان المتبادر من هذه العبارة ان المراد بالمعاجلة معالجة السراق عليها، كما فهم الشيخ علي، وان المراد بقوله: (وكذا يضمن الخ) الا مع خوف المعاجلة، فتأمل.

ثم قال: كما يجوز ايداع الغير لعذر السفر، كما يجوز لسائر الأعدان كما وقع في البقعة حريق - الى قوله - او اشرف الخرز على الخراب، ولم يجد حوزاً ينقلها اليه، ثم قال: لو اودعه حالة السفر فساقر بها، او كان المستودع منتحماً فانتجع بها، فلا ضمان، لأن المالك رضى به حيث اودعه، فكان له ادامة السفر والسير بالودعة (١).

قال في القاموس المنتجع المنزل في طلب الكلاء، ظاهرها يعم كل سفر، ولدليل لا يبدل الا على السفر الذي سلمه (يسلمه - خ) فيه، فافهم (٢).
قوله: ولو ادعى الاذن في الدفع الخ. يعني اذا ادعى المستودع ان المالك اذن له في الايداع والتسليم الى غيره، وانكره المالك، فالقول قول المالك، وضمن المستودع.

وينبغي كون ذلك مع يمين المالك، للاصل، ولأن المالك منكر، والمستودع مدع، وقد ثبت على المتعنى البيينة وعلى المنكر اليمين.
ويحتمل كون القول قول المستودع بالادلة السابقة الدالة على كونه اميناً، لكون القول قوله في الرد اليه والى وكيله، ومختار المصنف الاول الذي هو الأظهر.
وهذا اشارة الى أن أحد اسباب الضمان هو الايداع بغير اذنه، وقد مر تفصيله.

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) يعني أن السفاد من الدليل جواز السفر بالودعة اذا اودعه حالة السفر، ولما حوز السفر بالودعة

فهو غير مستفاد من الدليل.

او أنكرها فقامت عليه البيّنة، وادّعى التلف.
او آخر الإحراز مع المكنة.

قوله: او أنكرها فقامت الخ. إشارة الى أنّ أحد أسباب الضمان هو انكار الوديعة وجحودها، فإنّه بذلك يصير خائناً فخرج عن الامانة فصار ضامناً، فاذا ادّعى عليه الوديعة، فانكرها، ثم أثبت عليه بالبيّنة الشرعية، فادّعى التلف، ضمن، لأنّه خائن، فلا يسمع دعوى المستودع بالتلف مع البيّنة وعدمها.
وكأنه نقل عن ابن الجنيّد في شرح القواعد القول بقبول دعواه (دعواها - خ) بدون البيّنة ايضاً، لاحتمال كون الانكار لنسيان وسهو، ونحوه.
وعن المصنف (١) القول بأنّه إن طلب اليمين عن (عل - خ) الغريم له ذلك، قيل لأنّه إن لم يحلف ينفع المستودع، فيكلف به، ورضى به الشيخ عليّ ايضاً.
ولا يبعد السماع (٢)، للاصل والامانة وعدم ثبوت الضمان والخيانة بالكلية، خصوصاً اذا أظهر (ظهر - خ) وجهاً (وجه - خ) لانكاره معقولاً (معقول - خ) فتأمل.

هذا اذا كان الجحود بلفظ الانكار للوديعة، وأما اذا كان بمثل قوله: لا يلزمني ردّ شيء البك، ثم أثبت (عليه - خ) الوديعة، فادّعى التلف، يسمع قوله بلابيّنة، وهو ظاهر.

قوله: أو آخر الإحراز مع المكنة الخ. هذا ايضاً إشارة الى سبب الضمان وهو التأخير في الإحراز مع المكنة، أي اذا أخر الإحراز مع القدرة على التعجيل.
الظاهر أنّ المراد التأخير زائداً على المتعارف، وأما اذا كان تأخيراً قليلاً في الجملة، على الوجه المتعارف، فليس بموجب للضمان، بخلاف التأخير الخارج عن

(١) في بعض النسخ هكذا: ونحوه عن المصنف، بدون لفظة (ولو).

(٢) في النسختين المخطوطين: ويبعد السماع.

او سلم الى زوجته.
او أخر دفعها مع الطلب، والامكان.

العادة، فإنه موجب للضمان.

قوله: **اوسلم إلى زوجته الخ.** اشارة الى أن الابداع بغير اذن المالك موجب للضمان، وإن كان قريب الودعي، مثل زوجته او ولده.
اشارة الى رد بعض العاقبة من أنه اذا كان قريب الانسان مثل الزوجة والولد وكان ثقة، فليس الابداع موجباً للضمان.

وقال في التذكرة: فان اودع من غير عذر ضمن اجماعاً، ولا فرق بين ان يكون ذلك الغير عبده او زوجته او ولده او اجنبياً، عند علمائنا اجمع، وصرح في موضع آخر من التذكرة والقواعد ايضاً بالابداع (١) يضمن ايضاً، ان دفعها الى الحاكم والامين (ايضاً - خ) أي العدل من غير عذر
وحينئذ علم أنه لا يجوز الابداع الى ثقة عدل بغير عذر وذلك موجب للضمان، وقد مر تفصيله ايضاً.

قوله: **او أخر دفعها مع الطلب والامكان،** أي كذا يضمن لو تأخر دفع الوديعه الى المالك مع طلبها، وكذا الى وكيله.
وقد احتسب الضمان لو أخر بعد ان قال: أعطه لوكيل المالك من غير طلب الوكيل.

لعل دليل الوجوب أنه حق مضيق للآدمي، والآية (٢) والأخبار الدالة على وجوب رد الامانة الى أهلها (٣) والامر للفقور هنا، كآته للاجماع، وكآته هو دليل اصل الحكم ايضاً.

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، أنه بالابداع يضمن ايضاً

(٢) قال الله تعالى: إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرِكُمْ لَشَدِيدٌ الْأَمَانَاتُ إِلَى أَهْلِهَا، النساء: ٦٢.

(٣) راجع القوسائل الباب ١ و ٢ و ٣ من ابواب الوديعه.

وأما دليل الضمان فكأنه الاجماع، وإن التقصير موجب للضمان.

ولعل مرادهم بالتأخير هو ما يصدق عليه ذلك، قال في القواعد: وليس استتمام غرض النفس كمن كان في حمام أو على طعام عذراً قال شارحه: لأن أداء الأمانة واجب مضيّق، فلا يجوز التشاغل عنه بمثل هذه الاشياء، ومن ذلك صلاة النافلة والفريضة، إذا لم يكن في اثائها، ولم يتضيّق الوقت، وهو الذي اختاره في آخر كلامه في التذكرة، ويجب عليه الذهاب بمجرى العادة، وهذا كله إذا كان الأداء ممكناً، فحق آخر حيث لا يجوز له التأخير ضمن (١).

هذا صريح في أن المراد بالتأخير مطلق التأخير، ولو كان قليلاً، فليس التأخير عرفياً، كما قيل في الشفعة وغيرها، فتأمل.

وما رأيت ما ذكره في التذكرة، وكان في نسختي بياضاً، فكأنه في ذلك البياض.

وفيه دلالة على اتتمام الصلاة الفريضة، لو حصل الطلب بعد الشروع مطلقاً، في سعة الوقت وضيقه، فإن قطع الفريضة حرام بالنص والاجماع.

وكذا يدل على عدم تحريم الشروع فيها إذا كان الوقت مضيقاً لا يسمع أداء كلها في الوقت، إلا بترك الوديعة.

ويدل أيضاً على وجوب قطع النافلة مطلقاً، فكأن كل ذلك للاجماع للجمع بين الحقين، الصلاة في الأداء ورد الوديعة، إذا لا وقت له أداء، فتأمل.

ويدل على عدم جواز الشروع فيها في سعة الوقت، بل سائر العبادات المنافية لرد الوديعة، بل سائر الحقوق المضيقّة الفورية، كما هو مذهب المصنف، فدل على أن الأمر بالشئ يدل على النهي عن ضده الخاص، فإن مع سعة الوقت يجب

(١) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٤٠ من الطبعة المبررة.

او فرط بطرحها (فطرحها - خ) في غير الحرز، او ترك سقي الدابة، او نشر الثوب.

تقديم حق الآدمي مطلقاً، وديعة ام لا، زمانية وغيرها، لفورية وجوب الجمع بين الحقين مهما امكن، مع عدم خروج احدهما عن وقته فنع (١) وجوب رد الودعة حين الشروع في الصلاة - وكذا منع وجوب سائر الحقوق الآدميين المضيق، كما فعله الشارح في كتاب الدين - بعيد، فتكون الصلاة حينئذ باطلة، لأن النهي في العبادة يدل على الفساد، كما ثبت في الاصول، فثبت بطلان الصلوة في سعة الوقت، مع حق الآدمي المضيق، كما هو رأى المصنف وجماعة، بل عند الشارح ايضاً.

فسقط (فيستقط - خ) قول الشارح بأن الأمر بالشيء لا يستلزم النهي عن ضلته الخاص، بل ضلته العام فقط (٢)، وبأنه لا يسلم وجوب الرد حينئذ، اذ الصلاة ايضاً واجبة كالاداء، فيكون الاداء واجباً فوراً في غير وقت الصلوة مطلقاً، وأن الصلوة مع السعة صحيحة، وكذا سائر العبادات مع المناقات على هذا الوجه.

فكان الشارح هنا رجع عن قوله، وقال بقول المصنف، او ان مراده بيان رأى المصنف لارأيه، لكن ينبغي الاشارة اليه، لأنه يفهم منه فتواه، وقد مر البحث في هذه المسألة (في هذا الكتاب خ) مراراً (٣)، فتذكر وتأمل.

قوله: او فرط بطرحها الخ. اشارة الى سبب آخر موجب للضمنان، وهو التقصير في الحفظ، اما بترك وضعها في الحرز المقرر، بل وضعها في غيره، وقد مر تفصيله ايضاً، واما بترك دفع مهلكاته بمثل سقي الدابة وعلفها، ونشر الثوب الى الهواء، لدفع ما يفسده من الدود ونحو ذلك.

وقد مر تفصيل ذلك ايضاً في التذكرة، وأنه يضمن بالترك ولو مرة مطلقاً

(١) في جميع النسخ، فم بدل (فنع) والصواب ما التبتاه.

(٢) يعني بل يستلزم النهي عن ضلته العام فقط.

(٣) راجع كتاب الطهارة والصلوة من مجمع الفائدة.

او ساقر بها مع الامن و(أو-خ) الخوف .

(أو بعض مرة-خ) سواء تلف أو لم يتلف، وعاد الى فعل ما يجب عليه (ام لا-خ)، ولأنّ عدم (١) التقصير مطلقاً حرام وموجب للضمان بالاجماع، واذا ضمن لم يسقط بالرجوع الى الامانة ما لم يؤدّها الى المالك او وكيله او ابرأه او اودعه مرة أخرى على الأصح.

وقد مرّ ما ينافي ذلك ايضاً، بان قال: لو ترك السقي وعلفها مئة لا يموت الدابة في تلك المدة، فانت، لم يضمها ان لم يكن لها جوع وعطش سابق، وأنه يجب سقي الدابة وعلفها، وان نهى المالك، فلو ترك، فعل حراماً لمافيه من تضييع المال المنهى عنه.

وفيه منع ظاهر، ولهذا قال: قيل في مثل هذه المسألة بعينها: لو ترك نشر الثوب، فتلف، فعل مكروه.

نعم يتم قوله: وهتك حرمة الروح، لأنّ للحيوان حرمة في نفسه يجب احيائه لحق الله تعالى، ان ثبت ذلك بالاجماع ونحوه، ثم قال، في الضمان اشكال، والاقرب عدمه، وكذا لو ترك النشر واللبس المصلح الذي يتوقف عليه الحفظ فعل حراماً، وصار صاماً، ألا ان ينهى المالك، فاستشكل في الضمان وأفق بالتحريم في بحث الانتفاع (وبالكراهة-خ) في دفع المهلكات (٢).

والظاهر الكراهة مع عدم الضمان، لعدم الدليل، والاصل، وقد مرّ مفضلاً.

قوله: او ساقر مع الأمن والخوف الخ. أي لو ساقر بالوديعة ضمن وعصى، سواء كان في السفر خوف ام لا، بل يكون أمناً، فإن مجرد السفر بها تقصير

(١) هكذا في جميع النسخ، والضواب اسقاط لفظة (عدم) كما لا يخفى.

(٢) راد في السجدة المطبوعة بعد قوله في دفع المهلكات، كنشر الثوب.

في حفظها، لأن السفر عمل الخطر.

كأنه لا خلاف (عندهم - خ) في ذلك، وفي التذكرة: في الحديث أن المسافر ومتاعه لعل فلت: ألا ما وقى الله. كأنه من طريق العامة (١).

قال في التذكرة: ولا يجوز للمستودع إذا عزم على السفر أن يسافر بالوديعة، بل يجب دفعها إلى صاحبها أو وكيله الخاص في الاسترداد أو العام في الجميع، وإن لم يوجد، دفعها إلى الحاكم، فإن تعذر الحاكم دفعها إلى الأمين، فإن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا اجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف (٢).

وقال فيها أيضاً، لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك ولم يلزمه المقام لحفظ الوديعة، ولا يكلف تأخير السفر.

وقال في موضع آخر: كما يجوز الإيداع لعذر السفر، يجوز لسائر الأعذار والظاهر أن ذلك مع وجود من يسلمها إليه من المالك ووكيله أو الخالك أو الأمين، كما أشار إليه في التذكرة وسنتقلها، ثم ذكر دفعها إلى المالك أو غيره بالترتيب الذي تقدم.

وقال: لو حالف الترتيب ضمن، فيحتمل أن يكون المراد هنا أن يسافر وترك، وأودعها على غير ذلك الترتيب المتختم الذي يجوز ويسقط (مسقط - خ) للضمنان، سواء كان في بلد الإيداع الأمن أو الخوف، والظاهر الأول. نعم لو سافر بها مع الأمن في السفر والخوف في الحضر، أو سافر بها مع

(١) لم نقف عليه مع النص المشيد، ولعل عبارة الحديث هكذا: أن المسافر ومتاعه لعل فلتا طرائع ويمكن أن تكون: لعل فلت التبع.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

عدم من يجوز الايداع عنده - ممن تقدم، بل يوجد غير العدل الذي قد ذكره في لتذكرة وغيرها: أنه لو اودع عنده، وسافر، يضمن بالاجماع، وكان مضطراً الى السفر - لم يضمن ايضاً (١).

قال: لو اضطر المستودع الى السفر بالوديعة - بان يضطر الى السفر، وليس في البلد حاكم ولا ثقة، ولم يجد المالك ولا وكيله، او اتفق جلاء لاهل البلد، او وقع حريق او غارة او نهب، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا لعدل - سافرها، ولا ضمان عليه اجماعاً لأن حفظها حينئذ في السفر بها، والحفظ واجب، فاذا لم يتم الا بالسفر بها، كان السفر بها واجباً، ولا نعلم فيه خلافاً (٢).

هذا فيما اذا كان السفر غير مخوف ظاهراً، اما مع الخوف ولا سيما مع الخوف الراجع على خوف البلد او المساوي لوضعها في البلد إما بدفعها او وضعها عند غير العدل، بحيث يكون له ديانة، بحيث يظن او يعلم حفظه، اذ قد يوجد مثله كثيراً.

وبالجملة، اذا كان الدفن احفظ، لا يسافرها، واذا وجد من كان الوثوق بحفظ الوديعة في يده اكثر من كونه في يد المستودع في السفر، لا يبعد حينئذ تجويز ايداعها، بل وجوبه في بعض الاحيان، خصوصاً اذا كان المستودع ايضاً غير عدل، وكون امانة المستودع الثاني اكثر منه او مساوياً، او رضى المودع بكونه في يد مثله، بل اقل امانة، فالعمل بامثال هذه القرائن، او علم منه جواز الايداع بوجه غير بعيد بل الظاهر أنه متعين، ومقدم على السفر بها مع الخوف الغالب او المساوي، بل مطلق الخوف، فتأمل.

(١) الظاهر ان قوله: لم يضمن جواب لقوله: لو سافرها الفخ وما في بعض النسخ المخطوطة: ولو كان مضطراً الى السفر الى بلد بعيد (لو) غير صحيح، كما لا يخفى.

(٢) انظر تذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

ثم قال: أمّا لو عزم على السفر من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد وعجز عن المالك ووكيله وعن الحاكم والأمين فساقر بها، فالأقرب الضمان، لأنه التزم الحفظ في الحضر، فليؤثر السفر، أو يلتزم (ليلتزم - خ) خطر الضمان، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني أنه لا ضمان عليه، وآلا لزم أن ينقطع عن السفر، ويتعطل فيه مصالحه، وفيه تنفير عن قبول الودائع، وشرطوا لجواز السفر بها أمن الطريق، ولا فيضمن، وأمّا عند وقوع الحريق ونحوه، فأننا نقول: إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر، فله أن يسافر بها.

ولو كان الطريق أمناً فحدث خوف اقام، ولو هجم القطاع فألقى المال في مضيق (مضيق - خ) اخفاء له، فضاع، فعليه الضمان (١).

اعلم أنه قد علم مما تقدم من التذكرة، أنه يجوز من غير ضمان - الظاهر بلا خلاف - السفر لمستودع من غير ضرورة، إذا أمكنه رد الوديعة إلى أحد متني تقلم.

وأنه لا يجوز الإيداع بغير سفر إلا لعنف ولكن العنف مجمل، كأنه المتعارف الذي يعتد به عرفاً.

وكذا عدم العدول من المالك ووكيله إلى الحاكم ومنه وأمينه إلى العدل مع التعذر والمشفة.

والظاهر أن ذلك أيضاً عرفي.

وأنه إذا لم يمكنه ذلك، فالأقرب أنه يضمن بالسفر بها، إذا لم يكن السفر ضرورياً.

وأنه لو التزم الضمان جاز سفره، فلا يكون عاصياً بسفره (لسفره - خ)

لحصول الغرض، وهذا غير بعيد اذا لم يكن الوديعة متما يتعلق الغرض سعيها، وهو ظاهر.

وحينئذ يمكن ان يجوز الابداع وغيره من فعل أسباب الضمان مع ذلك، ولا فالفرق غير ظاهر.

وأن الوجه الثاني للشافعية غير بعيد، على أنه لا صراحة في أخذ الوديعة بأنه يحفظها في الحضر فقط.

وأن في قوله: (وأما عند وقوع الحريق الخ) تنبيه لما قلتمناه في قوله: (آناً): وبالجمله وقوله الخ.

وأن قوله: (اقام)، مقيد (بقتد-خ) بالامكان وعدم الضرر، وما اذا كان محل الاقامة أكثر حفظاً او مساوياً للسفر الذي حدث فيه الخوف.

وأعلم ايضاً أن المراد بالسفر الممنوع بالوديعة هو الى البر والصحراء والمحل الذي ليس فيه عمارة وليس بمسكن للانسان، كما يدل عليه عبارة التذكرة.

قال: اذا اودعه في قرية فنقلها المستودع الى قرية اخرى، فان اتصلت القريتان وكانت المنقول اليها احرز او ساوت الاولى في الامن والخوف بينها (١) فالاقرب عدم الضمان، مع احتمال، لأن الطاهر من الابداع في قرية عدم رضا المالك بنقلها عنها، وان لم يتصل القريتان، فالاقرب الضمان، سواء كان الطريق أمناً او مخوفاً، وهو احد وجهي الشافعية، لان حدوث (حصول-خ) الخوف في الصحراء غير بعيد، وأظهرهما عندهم عدم الضمان مع الأمن، وثبوته لأمعه، كما لو لم يكن بينها مسافة، بل اتصلت القريتان (العمارتان-خ) وقال أكثر الشافعية ان كان بين القريتين مسافة يسمى (مسمى-خ) المشى فيها سفراً، ضمن بالتفريها - الى أن قال:- وهو

(١) هكذا في جميع النسخ، وفي التذكرة: في الأمن ولا خوف بينها.

اول لبس الثوب او ركب الدابة .

يقتضى ان السفر بالوديعه انما يوجب الضمان بشرط طول السفر، وهو بعيد عندهم، لان خطر السفر لا يتعلق بالطول والقصر الخ (١).

وطاهاها يدل على ان حدة السفر في هذا المقام - سواء كان الذي سافر بها بالوديعه او يسافر عن الوديعه - هو الخروج الى الصحراء، لا غير.

ففيما قلناه من كلام شارح القواعد - في شرح قوله (٢): ويجوز السفر بها الخ ثم ما الذي (٣) يراد بالسفر هنا، لم اقف له على تحديد، والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة (السفر - خ) - محل التأمل، الا ان يريد السفر الذي يجوز ان يسافر عن الوديعه، ولا يجوز، ولكن قوله: (وينبغي الجزم بان تردده في البلد، وحوله الخ) يدل على ان بحثه فيما يسافر عنها وبها ايضاً، وهو على انه قد مر ان لانص على التعليق بعدم السفر عندنا، حتى نحققه (يتحقق - خ) بل هو في كلامهم.

فالضابط عندنا هو ما يخرج به عن كونه ودعيّاً، ومسلطاً على الوديعه وحفظها، والخروج بها الى الصحراء، ومحل التلف في البرية وعدم العمارة، بحيث يكون محل الخطر في الجملة، كما يفهم من قول التذكرة هنا، فهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً عند نقل كلام شارح القواعد، فتذكر، ونأمل.

قوله: اول لبس الثوب الخ. اشارة الى سبب الضمان الذي هو الانتفاع

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٦.

(٢) يعني عند قول المصنف هنا، لا في القواعد.

(٣) عبارة شرح بقواعد هكذا: ثم ما الذي يراد بالسفر هنا؟ لم اقف له على تحديد والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة، وعلى هذا لا يجب الرد الا بالخروج الى مسافة، وهو مشكل لانه متى خرج المستودع من بلد الوديعه على وجه لا يبعد في يده عرفاً - يجب ان يقال: انه صام، لانه اخرج الوديعه من يده وقصر في حفظها، فبصم، وينبغي الجزم بان تردده في البلد وحوله في المواضع التي لا يبعد للفروج اليها في المادة جروحاً عن اسبب وانقطاعه عنه كاللبس وبجوها، لا يجب معه رد الوديعه، وتعدر المالك، والحاكم يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة الخرج ١ ص ٣٣٧ من الطبعة المحررة.

بالوديعة، من غير اذن المالك، ولا على وجه الحفظ او مصلحة الوديعة.

قال في التذكرة: فلو استودع ثوباً، فلبسه، او دبة فركبها او جارية فاستخدمها، او كتاباً فنظر فيه او نسخ منه، أو خاتماً فوضعه في اصبعه للتزيين به (للتزيين به - خ) لا للحفظ، فكل ذلك وما اشبهه خيانة توجب التضمين عند فقهاء الاسلام، لا تعلم فيه خلافاً (١).

يفهم منه أن مجرد النظر والنسخ من كتاب الغير تصرف في الكتاب، وان لم يفتحه، ولم يضع يده عليه، بل فتحه المالك، فلا يبعد تحريم النظر الى جارية الغير في المرأة والماء وكذا الاجنيبة الحرة، فتأمل، فيحتاج الى الاذن، ولا يجوز بدونه، وأنه ليس مثل الجلوس تحت ظل حائط الغير، والاستئذان بضوئه، فتأمل.

ثم قال: هذا اذا اتفق السبب المبيع للاستعمال، اما اذا وجد السبب المبيع للاستعمال، لم يجب الضمان، وذلك بان يلبس الثوب الصوف الذي يفسده الدود للحفظ، فان مثله (٢) يجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح، بل يجب لبسها اذا لم يندفع الا بان يلبسها وتعبق (٣) بها رائحة آدمي، ولو لم يفعل ففسدت، كان عليه الضمان، سواء اذن المالك او سكنت لان الحفظ واجب، ولا يتم الا بالاستعمال، فيكون الاستعمال واجباً، لأن ما لا يتم الواجب المطلق الا به، وكان مقدوراً للمكلف، فانه يكون واجباً، اما لو نهاه المالك عن الاستعمال للحفظ، فامتنع، حتى فسدت لم يكن ضامناً، وهو أظهر قولي الشافعية، وهم قول آخر أنه يكون ضامناً، والمعتمد الاول، وهل يكون قد فعل حراماً؟ شكال، أقربه

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) في التذكرة: فان مثل هذه الثياب يجب الح.

(٣) القبق بالتحرريك مصدر قولك - عبق به الطيب، من باب تعب، عبقاً لرق به وظهرت ريحه بشو به

او ببدنه، فهو عبق (بجمع البحرين).

ذلك ، لأنّ اصاعة المال منهي عنها، وعند الشافعي يكره (١).
وقد عرفت أنّه قال في بحث دفع المهلكات أنّه فعل مكروهاً، كما قال به
الشافعي، وإنّ الظاهر ذلك، اذ ليس ترك حفظه مال العير منهيه اصاعة محرمة، وهو
ظاهر.

ويمحتمل بعيداً ان يكون المراد، هل المالك بالنهي فعل حراماً؟ اشكال
أقربه ذلك، وهو بعيد لفظاً ومعنى، ألا أنّه يرتفع به التنافي بين كلاميه.
الأ ان يقال: الكراهة قول الشافعية، لا قوله، كما اشار اليه هناك، ولكنته
بعيد، لا يحتمل كلامه ذلك، فارجع اليه، لأنّه قال: ففسدت بترك اللبس او
تعريض الثوب لطريح كان ضامماً، سواء امره المالك، او سكّت عنه، أمّا لونهاه عن
النشر وفعل ما يحتاج اليه الحفظ، فامتنع من ذلك حتى فسدت، فعل مكروهاً،
ولا ضمان عليه وبه قال اكثر الشافعية، ولهم وجه آخر انّ الضمان عليه.
ثمّ قال: هذا اذا علم المستودع، أمّا لو لم يعلم، فان كان في صندوق او
كيس مشدود ولم يعلم المالك به (٢) فلا ضمان على المستودع اجماعاً (٣).
ويمكن ان يكون مع علمه بما في الصندوق، ولكن مع عدم علمه بأنّ مثل
ذلك الشيء يحتاج الى الشر والتعريض للهواء، بل مع علمه ونسيانه ايضاً، كما
مرّت اليه الاشارة، للاصل، وعدم صدق الحيانة والاتلاف، اذ ترك الحفظ جاهلاً
او ناسياً ليس بحيانة، ولا اتلاف، وهو ظاهر، فيسمع قوله فيه مع اليمين، وألا تعذر
قبول الوديعة، فتأمل.

ثمّ قال: ولو احتاج حفظ الدابة المودعة (المودوعة-خ) الى ان يركبها

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) في التذكرة ولم يعلمه المالك به.

المستودع إما ان يخرج بها الى السقي او الرعي، وكانت لا تنقاد الا بالركوب، ولا ضمان لعدم التعدي والتفريط، ولو كانت الدابة تنقاد بغير ركوب، فركب ضمن الا مع عجزه عن سقيها او رعيها بدون ركوبها، فانه يجوز ولا ضمان (١).

وهذا صريح في حواز الاخراج للسقي والعلف، وينبغي ان يجوز الركوب مع عدم العجز ايضاً، ان كان الموضع بعيداً بحيث العادة تقضي بان مثل هذه المسافة لا تسقى الدابة ولا تعلق الا بالركوب غالباً بل اذا كان المستودع ممن لا يتعارف عدم ركوبه في مثل هذه المسافة ينبغي ان يجوز له مع عدم الضمان، وقيل في موضع آخر انه يجوز الركوب لازالة جوحها (٢) للسقي.

وقال ايضاً في التذكرة: اذا اخذ المستودع الدراهم المودعة عنده ليصرفها الى حاجته او اخذ الثوب ليلبسه، او اخرج الدابة (من مكانها - خ) ليركبها، ثم لم يستعمل (٣) ضمن.

وكأنه ظاهر، لان الاخراج على هذا القصد خيانة، فوضع يده على مال الغير خيانة وعدواناً (٤) من غير امانة، فيكون ضامناً.

اما لو نوى الاخذ خيانة، ولم يأخذ، او نوى الاستعمال، ولم يستعمل، ففي الضمان اشكال، ينشأ من أنه لم يحدث في الوديعة فعلاً وقولاً، فلا (قدم - خ) يضمن، ومن أنه قصد الخيانة، فصار خائناً، ولا أمانة للخائن، فيكون خائناً

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) من جمع أي أسرع، يقال: جمع في اثره أي أسرع اسراعاً لا يرقه شيء، ومنه فرس جوح، للذي «ا» ذهب في عدوه لم يرقه شيء» (بجمع البحرين).

(٣) هكذا في التذكرة (ج ٢ ص ١٩٨) وفي جميع النسخ «ثم استعمل ضمن» والصواب ما في التذكرة، كما البتة.

(٤) هكذا في جميع النسخ والصواب عدوان بالضم.

ضامناً (١).

والظاهر عدم، لما مر، والفرق بينها وبين اللقطة، حيث يصمن بقصد الخيانة أنه بمجرد قصده ونيته يصير أميناً، فبمجرد ذلك يصير خائناً، فتأمل.

ثم قال: لو أخذ الوديعة من المالك بقصد (على قصد - خ) الخيانة، فالأقوى الضمان، لأنها لم يقبضها على سبيل الأمانة (٢).

فيه بد خيانة، لا أمانة، فلا يكون أميناً، بل حائناً ضامناً، فتأمل فيه.

والفرق بينه وبين الأخذ بقصد الأمانة بمجرد نية الأمانة ظاهر.

نعم قصده بمجرد الرد إلى المالك مع الطلب مثل الأول، فالظاهر عدم الضمان، بل هنا أولى، ألا إن يكون طوّل وأخّر فيجب الضمان (٣) فتأمل.

ثم قال أيضاً: لو فتح رأس صندوق المالك ليأخذ مافيه من الثوب والدرهم، ولم يكن عليه قفل، ولا ختم، فالأقرب عدم الضمان، وإن كسر القفل، وفُض الختم من الكيس، فالأقوى الضمان لمافيه، فإن خرق الكيس، فإن كان

(١) هذا ملخص ما في التذكرة، ويُنمّي نقل ما في التذكرة قال: لو بوى الأحدث لم يأخذ، أو بوى الاستعانة ولم يستعمل في الضمان اشكال، يتشأ من أنه لم يحدث في الوديعة قولاً ولا فعلاً فلم يصمن، كما لو لم يتو وهو قول أكثر الشافعية ومن أنه محسك لها بحكم نيته، كما أن الملتقط إذا بوى امساك اللقطة لصاحب كانت أمانة وإن بوى الامساك لنفسه كانت مصبوبة، وهو قول ابن شريح من الشافعية وقرئ المذكورون بين الوهيم واللقطة بأنه في الوديعة لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، وفي اللقطة أحدث الأخذ مع قصد الخيانة، ولأن سبب امانه في اللقطة مجرد نية، فصمن بمجرد النية بخلاف الوديعة.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) الظاهر أنه ماحود من التذكرة أيضاً، فإن عبارتها هكذا: لو توى ان لا يرد الوديعة بعد طلب المالك من الضمان للشافعية الوجهان، وعندي فيه التردد السابق، مع لولوية عدم الضمان هنا، إذ لم يطلب المالك وثبوته لذا طلب انتهى (ج ٢ ص ١٩٨).

تحت الحتم، فهو كفض الحتم (١)، وإن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق (٢).
الظاهر عدم الضمان في الموضعين، لما فيه من عدم التصرف فيه بخيانة،
وقاعدتهم أن أحد جزئيه من المتصل موجب لضمان الكل، إن كان عمداً، كما
سيجيء.*

قيل قوله (٣): ويجب أن يشهد الخ يقتضي ضمان تمام الخرق (الخرقة - خ)
فتأمل.

وقال أيضاً: إن نبش المدفونة من غير تصرف فيها، مثل فض الخاتم.
وهو قريب، وكذا قريب قوله: لو حلّ (احل - خ) الخيط الذي شد به رأس
الكيس أو ردة الثياب (٤) لم يضمن ما في الكيس والردمة، ولو فعل ذلك للأخذ،
بخلاف فض الحتم وفتح القفل، لأن القصد منه المنع من الانتشار ولم يقصد به
الكتمان عنه (٥).

والظاهر تساوي في عدم الضمان، لما مر، إلا أن يتصرف ما في الكيس أو
الردمة بقصد الخيانة، فتأمل.

واستشكل في الضمان لوعة المعدود أو وزنها أو ذرعها، والظاهر عدمه، لما

(١) واصل المصنف، الكسر، يقال ضمنت الحتم فصاً، من باب قتل، كسر

(٢) انتهى ما نقله عن التذكرة، منقول بالمعنى راجع ج ١ ص ١٦٨ منها

(٣) يعنى قول المصنف في المتن.

(٤) الرزم بإهمال الدال الساكنة، السد... وفي الحديث كانت العرب تخرج البيت وكان ردماً أي كان

لا حيطان له، كأنه من رزم الغريب، أي لحق واسترقع (بجمع البحرين).

ويمكن أن تكون هذه الكلمة رزم بالزاء المحجمة تحت الراء المهملة، ومعناها - كما في مجمع البحرين -

رُزمت كذا وكذا، أي ربطته وشدته.

وفي لسان العرب الرزمة من الثياب ماشية في ثوب واحد (ج ١٢ ص ١٢٦).

(٥) انتهى ما في التذكرة (ج ٢ ص ١٦٨).

او خلطها بماله بحيث لا يتميز، او مزج الكيسين،.

تقدم غير مرة.

وقال أيضاً: لو قال المالك ابتداء: اودعتك هذا (كذا-خ) (ابتداء-خ) فان خنت (به-خ) ثم تركت الخيانة عدت أميناً (لى-خ) فخان وضمن، ثم ترك الخيانة، لم تزل الخيانة، ولم يعد أميناً، وبه قال الشافعي.
لأنه اسقاط لما لم يكن، بخلاف ان خان (و-خ) صار ضامناً، و(لو-خ) قال: اسقطت ضمانك، او اذنت لك في الحفظ، او اودعتك، ونحو ذلك، ولأن الاستيمان الثاني معلق (١).

ومانعرف عدم صحة الاستيمان المعلق، واسقاط مالم يكن، فانه اذن بالتصرف بعد الخيانة ايضاً، وادلة قبول الناس في اموالهم تعبه (٢) كما في العارية التي هي مضمونة مثل الدراهم والدنانير سقط ضمانه عندنا، فتأمل.
وكذا القول قوله، لو قال: اخذ هذا وديعة يوماً وغير وديعة يوماً، يكون وديعة ابدأ، مع قوله: لو قال اخذ هذه وديعة يوماً وعارية يوماً، فهو وديعة في الاول وعارية في اليوم الثاني.

قوله: او خلطها بماله الخ. لعل لا خلاف عندنا فيه، قال في التذكرة: اذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجاً لا يتميز احدهما عن صاحبه - كدراهم مزجها بمثلها او دنانير مزجها بمثلها، بحيث لا تمايز (مايز-خ) بين الوديعة ومال المستودع، او مزج الخنطة بمثلها - صار ضامناً سواء كان المخلوط بها دونها او مثلها أو أزيد منها، وبه قال الشافعي، لأنه قد تصرف في الوديعة تصرفاً غير مشروع، وعيها بالمزج فان

(١) هذا مأخوذ من عبارة التذكرة راجع (ج ٢ ص ١٩٩ منها).

(٢) لعله اشارة الى مثل قوله صلى الله عليه وآله: الناس مسلطون على اموالهم وراجع الوسائل باب استحباب المضاربة باب ١١ من ابواب مقدمات التجارة وباب ٩٨ من ابواب ما يكتسب به وغيرهما لعكس نجد هذا المعنى فيها ولما امدك على خصوص ما في المتن فلم نجد.

او حملها اثقل من المأذون، او أشق.

الشركة عيب، فكان عليه الضمان - الى قوله - وقال مالك : ان خلطها بمثلها او احوذ منها، لم يضمن، وان خلطها مدونها ضمن الخ (١).

وكذا لو كان عنده كيسان وديعة - ولو كان من شخص واحد - فزج احدهما بالآخر، صار ضامماً، لأنه تصرف غير مشروع فيه يد خيانة فيضمن حينئذ.

وايضاً قد يتعلق الاغراض بالتفرد بعدم المزج، ولهذا جعل في الكيسين، قاله في التذكرة.

ثم قال: وكذا لو اودعه كيساً، وكان في يده له كيس آخر امانة بجرئة، فان وقع عليه (إليه - خ) اتفاقاً، فزج احدهما بالآخر، كان ضامناً ايضاً، وكذا لو كان الكيس الآخر في يده على سبيل الغصب من مالك الوديعة، وبالجملة على أي وجه كان (٢).

وفيه تأمل، اذ ليس المرج بغير الاختيار ايضاً تصرفاً غير مشروع، ولا تقصير في الحفظ، فالضمان حينئذ على التأمل، وسيجيئ في مسألة أنه اذا ائلف المستودع من المودوعة (٣) جزء متصلاً، أنه إن كان خطأ لم يضمن الا المقتطوع، فجعل الناس والمخطئ (الخطاء - خ) معذوراً، فتأمل.

قوله: او حملها اثقل من المأذون الخ. يعني اذا اذن لشخص ان يحمل داتته شيئاً معيناً، فحملها اثقل من ذلك الشيء، بان زاد على مقداره، او حمله اشق، ولو كان بحسب الوزن واحداً مثل من (من - خ) حديد ومن (من - خ) قطن، فان القطن اثقل واشق لدخول الهواء، او يكون شيئاً يصير به الدابة مجروحة

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٩.

(٢) هكذا في التذكرة وفي جميع النسخ، دفع اليه، ولعل الصواب ما في التذكرة.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب المودعة.

أو فتح قفل المالك وأخذ بعضها أو لا ضمن.
ولو أخذ البعض من تحت قفله، ضمن المأخوذ خاصة، ولو أعاده ومزجه بحيث لا يتميز، لم يبرأ، ولا يضمن الباقي، ولو أعاد بدله، ومزجه، ضمن الجميع.

مثل الجراح و(أو-خ) الحديد، وقد اذن للحنطة والشعير ونحو ذلك، فهو ضامن، ولا شئ في ذلك.

وهل يضمن الجميع؟ الظاهر ذلك، لأنه تعدى (تعد-خ) فلو تلف يأخذ منه تمام القيمة، لا أن يقسط على المأذون وعيبره.

ولو ذكر هذه في العارية لكان أولى، فإنها منها، لا من الوديعة، فتأمل.

قوله: أو فتح قفل المالك الخ. هذا إشارة إلى أن عمدة فتح قفل المالك موجب لضمان ما في المقفل، سواء أخذ شيئاً أو لم يأخذ أصلاً، وقد مر فيه التأمل.
وأشار إلى الخلاف في التذكرة بقوله: والاقوى الضمان لما فيه من الثياب والدرهم، وهو أصح وجهي الشافعية، لأنه هنك الحرز والثاني للشافعية أنه لا يضمن، لما في الصندوق والكيس، بل يضمن الختم الذي تصرف فيه، وبه قال أبو حنيفة.

تجد هذا أولى لما مر غير مرة من الأصل، وعدم تصرف ونقصير في الحفظ، وغير ثابت كون هنك الحرز موجباً للضمان، ولا بد له من دليل، فتأمل. قوله (١)
ضمن جواب لقوله: ولو ادعى الاذن، إلى هنا.

قوله: ولو أخذ البعض من تحت قفله الخ. لو أخذ الودعي بعضاً من المودوعة - من تحت قفله بحيث ما هنك الحرز بالتصرف في القفل والختم، وكذا لو أخذه من غير المقفل -، ضمن المأخوذ خاصة، لأنه تصرف فيه فقط بالخيانة،

فيكون ضامناً له فقط.

ولو اعماه إلى الحرز لم يبرأ من ضمانه، لأن يده عليه يد خيانة، ولم يخرج عنها إلا بما تقدم.

ولا فرق في ذلك بين ان يمزجه مزجاً لا يتميز عن غير المضمون الغير المتصرف فيه، ام لا.

ولكن في صورة المزج اذا لم يوجب المتصرف في الباقي تصرفاً غير مأذون، هل يضمن الباقي ايضاً ام لا؟ ولا شك أنه يضمن بذلك المتصرف.

قال في التذكرة: وان امتزج بالباقي مزجاً يرتفع (ارتفع - خ) معه الامتياز فالوجه أنه كذلك لا يضمن الباقي، بل الدراهم خاصة، لأن هذا المزج (المخلط - خ) كان حاصلاً قبل الأخذ، وهو اصح قولي الشافعية، والثاني عليه ضمان الباقي بخلطه (المخلطه - خ) المضمون بنير المضمون، فعلى ما اخترناه لو تلفت العشرة والحال أنه أخذ منها درهم واحد وردّها وخرج بالعشرة والفرض ان الكل عشرة لم يلزمه إلا درهم واحد، ولو تلف منها خمسة لم يلزمه إلا نصف درهم (١).

وفيه دلالة على أن المزج لو كان اختياراً ليس بموجب للمتصرف في المزوج.

فتأمل، وظاهره ان لا خلاف عندنا في عدم ضمان الساقى الغير المتصرف فيه، فتأمل.

وفي ضمان نصفه بعد تلف نصف ما في الكيس الذي أخذ واحداً منه، هل التأمل، اذ الاصل عدم تلف المضمون، والاصل براءة النعمة، وعدم اخذ شيء من ماله إلا باذنه، ومعلوم أن المضمون اما تلف بالكلية او بقي بتمامه، فالحكم

بالتصنيف - لعدم الامتياز والعلم - محل التأمل.

وأما لو ائعاد بدل المضمون، ولم يمازجه مزجاً يسلبه الامتياز وان كان لوجود علامة، او سكة لم تكن في المودوعة (١) ولم يفعل ما يوجب الضمان، فلم يضمن الآ ذلك الدرهم فقط، وإن مزجه ذلك المزج، فيضمن الكل، لأنه مزج مال الوديعة بماله من غير اذنه، وقد مر أنه تصرف موجب للضمان.

ثم قال في التذكرة: اذا تلف بعض الوديعة، فان كان ذلك البعض منفصلاً عن الباقي كالثوبين اذا تلف (تلف - خ) احدهما، لم يضمن لا المتلف، لأن العنوان اتما وقع فيه، فلا يمتدئ الضمان الى غيره، وان كان لا يداع واحداً (أي دفعة واحدة) وان كان متصلاً كالثوب الواحد يخرقه (بخرقة - خ) او يقطع (لقطع - خ) طرف العبد او البهيمة، فان كان عامداً في الاتلاف، فهو خائن (جان - خ) على الجميع، فيضمن الكل وان كان عطلاً ضمن ما تلفه خاصة، ولم يضمن الباقي، وهو اصح وجهي الشافعية، لأنه لم يمتدئ في الوديعة، ولا خان فيها، وانما ضمن المتلف لفواته وصدور الهلاك منه فيه عطلاً.

وفي الثاني لهم أنه يضمنه ايضاً، ويستوي العمد والخطاء في ضمان الكل (٢).

وانت تعلم أن الظاهر ما اختاره، وأنه لا خلاف ظاهراً عندنا، وهو مؤيد لما قلنا أنه لو سهى ونسي حفظ شيء مثل النشر والتعريض للتريح، لم يكن ضامناً، فإنه جعل النسيان هنا عذراً، فتأمل.

وايضاً قد تقدم أنه اذا خرق فوق الحتم لم يضمن الا نقصان ما خرق. فهو ليس بجيد على اطلاقه بالنسبة الى ما قال هنا من ضمان الكل.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ١٩٩.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب المودوعة.

ويجمع ان يشهد لوخاف الموت.

المتصل، ان كان الاتلاف عمداً، فتأمل، وتذكر.

قوله: ويجب ان يشهد لوخاف الموت. من أسباب الضمان ترك الوصية الواجبة، وهي عند حضور الموت او القتل، بمعنى ظهور علامات وحصول ظن بمفارقة الروح، لخوف المرض ونحوه.

قال في التذكرة: اذا مرض المستودع مرضاً مخوفاً، او حبس ليقتل، وجب عليه الايصاء بالوديعة، وان تمكن من صاحبها او وكيله، وجب عليه ردها اليه، وان لم يقدر على صاحبها ووكيله ردها الى الحاكم، ولو اودعه عند ثقة مع عدم الحاكم، جاز وان كان مع القدرة عليه ضمن، وللشافعية وجهان، ولو لم يوص بها، لكن سكت عنها وتركها بحالها، حتى مات، ضمن، لانه غرر بها وعرضها للفوات، فان الورثة يقسمونها (يقسمونه - خ) ويعتمدن على ظاهر اليد، ولا يحتسبونها وديعة، ويدهونها لانفسهم، فكان ذلك تقصيراً منه موجباً للضمان (١).

لعل دليل وجوب الايصاء هو وجوب حفظ الوديعة - مهما امكن - من الضياع، حتى تصل الى اهلها، وذلك بالايصاء حينئذ وكذا ادلة وجوب الوصية على المحتضر، لعله لاخلاف فيه.

وأما وجوب ردها على المالك من غير طلبه، الى آخر ما ذكره، فكأنه لخوف الفوت، والايصاء غير ظاهر أنه كاف، ويوصلها الى اهلها لاحتمال عدم وصولها الى يد الوصي بسبب من الأسباب، وهلاكه في يده بتضيظه او عدمه، ولا شك أنه احوط.

وأما الوجوب فغير ظاهر، والاصل ينفيه، مع عدم دليل واضح، وعدم افادة ما تقدم، الوجوب.

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٠١ وفيها، يوجب الضمان بذلك قوله: موجباً للضمان.

وكأنه لذلك رجع عنه في التذكرة بعد اسطر، وقال في فروع الايصاء المبحوث عنه: الثالث الاقرب الاكتفاء بالوصية، وإن أمكنه الرد إلى المالك، لأنه مستودع لا يدري متى يموت، فيستصحب الحاكم، ويحتمل أنه يجب عليه الرد إلى المالك أو وكيله عند المرض، فإن تعذر اودع عند الحاكم أو أوصى إليه، كما إذا عزم على السفر، وهو قول أكثر الشافعية (١).

الظاهر أنه يريد بالمرض المرض المخوف الذي أشار إليه في أول المسألة، والآ فالظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب عند مطلق المرض.

وايضاً الظاهر أن يراد بعد تعذر الحاكم الايداع عند الثقة، ثم أن تعذر فالإيصاء كما ذكره، أولاً، وقد تقدم مراراً مثله، إذ ليس المراد بالإيصاء هو الايداع، كما صرح هو، حيث قال: توكلتم بعض الناس أن المراد من وصية بها تسليمها إلى الوصي ليدفعها إلى المالك، وهو الايداع بعينه، وليس كذلك، بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، فإن كان والحال هذه مخيرين أن يودع للحاجة وبين أن يقتصر على الاعلام والأمر بالرد، لأن وقت الموت غير معلوم، ويده مستمرة على الوديعة مادام حياً (٢).

وهو أيضاً صريح في عدم وجوب الرد عيناً، فكأنه يريد به هناك تخييراً، وهو بعيد جداً.

ويمكن أن يراد بالإيصاء بعد تعذر الحاكم هنا على سبيل التخيير، وهو أيضاً بعيد، كما لا يخفى.

وكأنه يريد بقوله (٣): (كما إذا عزم على السفر) وجوب الايداع بالترتيب المتقدم مراراً، والعبارة غير ظاهرة، بل ظاهرها التخيير بين الايداع عند الحاكم

(٣) يعني في كلامه للنقل من التذكرة تنقاً.

(١) و(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٦.

والايصاء اليه، وقد تقدم وجوب الايداع، فتأمل.

ولعلّ التفسير هنا يحصل بترك الوصية الى اهلها، أي الذي يجوز جعله وصياً في مثل ردّ الوديعة الى حين الموت او قبيله بحيث أيسر عن الحياة، وما قدر على الوصية وان لم يكن مات (فات-خ).

ولكن قال في التذكرة: التفسير هنا انما يتحقق بترك الوصية الى الموت، فلا يحصل التفسير الا اذا مات، لكن يتبين عند الموت أنه كان مقصراً من أول ما مرض . في العبارة تأمل، على أن الكشف غير ظاهر، لما مرّ مراراً، وأنه على تقدير كونه من أول المرض محل التأمل، اذ الظاهر أن الوقت موسّع اذا ظنّ البقاء مع المرض، قادراً على الوصية، كما في حال الصحة.

نعم قد يتضيق بالامارات بعده، ولكن الضابط لا يخلو من اشكال، والاحتياط واضح.

ثم معنى كونه ضامناً بالترك، أنه يحكم بكونه مضموناً في يده، فلو تلف بغير تقريط في وقت الضمان. ولو قبل الموت. يكون مضموناً عليه، يؤخذ من ماله، كالدين وعوض العصب، وكذا بعد الموت وان لم يقصر الورثة في المبادرة الى اعلام المالك والردّ اليه، فتلف قبله بأفة او باتلاف متلف او بترديته في نر ونحوه، ويكون آثماً ايضاً بترك الوصية الى اهلها.

قال في التذكرة: يجب الايصاء الى امين، فان اوصى الى غير ثقة فهو كما لم يوص، ويجب عليه الضمان، لانه غرر بالوديعة، ولا يجب ان يكون اجنبياً، بل يجوز ان يوصي بها الى ورثته، ويشهد عليه، صوناً لها عن الانكار وكذا الايداع، حيث يجوز ان يودع اميناً (١).

لعل المراد بضمير (عليه) الايصاء مطلقاً، فيجب الاشهاد على الايصاء مطلقاً، صوناً لأنكار الورثة، وعدم ثبوت الوصية. ثم الحكم على تقدير اشتراط العدالة في الوصي مطلقاً طاهر، وهنا يكون الضمن من حين الوصية الى غير العدل، وكما في ترك الاشهاد من حينه، ان كان هو شرطاً، كما هو الظاهر من كلامه.

ويحتس ان يكون الضمان (من - خ) مثل الاول، لاحتمال ان يرجع ويوصي الى العدل مع الاشهاد، واما على تقدير عدم اشتراطها في الجميع، - كما يشعر به بعض الاخبار (١) وظاهر عدم تغيير الايصاء في قوله: (فمن بدله الآية (٢)). - فلا، ووجود من يثق بدينه وامانه في بعضها (٣) يدل على اعتبار هذا المقدار لعله اقل من مرتبة العدالة، فافهم.

ويمكن ان يشترط هنا، لانه كالايداع، فانه ما كان الى غير العدل جائز، فكذا الايصاء، وذلك غير بعيد، فتأمل.

وقال في التذكرة ايضاً: اذا اوصى بالوديعة وجب ان يبين ويميزها عن غيرها، بالاشارة الى عينها او بيان جسها ووصفها، فلولا يبين الجنس ولا اشار اليها، بل قال: عندي وديعة، فهو كما لم يوص، ولو ذكر الجنس، فقال ان عندي: ثوب لفلان، ولم يصفه، فان لم يوجد في تركته جنس الثوب، فاكثر علمائنا على أن المالك يضارب، فيضارب رب الوديعة الغرماء نقيصة الوديعة، لتقصيره بترك (بتركه - خ) البيان (٤).

(١) راجع الوسائل الباب ٥٠ وباب ٥٣ من كتاب الوصية ج ١٣ ص ٤٤١ والباب ٦ و ٦ من كتاب

الوديعة ج ١٣ ص ٢٣٠.

(٢) البقرة. ١٨١.

(٣) راجع الوسائل الباب

(٤) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

لعلّ دليلهم ضعيفة التوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن آبائه، عن علي عليهم السلام، أنه كان يقول: من مات (يموت - خ) وعنده مال مضاربة، قال: أن سمّاه بعينه قبل موته، فقال: هذا لغلان، فهو له، وإن مات ولم يذكر، فهو أسوة الغرماء (١).

ولا فرق بين مال المضاربة والوديعة في ذلك، وهو ظاهر، فتأمل فيه. ثم قال (٢): بعض الشافعية، وهو ظاهر مذهبهم أيضاً، وقال بعضهم لا يضمن لأنها ربما تلفت قبل الموت، والوديعة امانة، فلا يضمن بالشك، وإن وجد في تركته جنس الثوب فأمّا أن يوجد اثواب او ثوب واحد، فإن وجد اثواب، ضمن، لأنّه إذا لم يميّر كان بمنزلة مالو خطط الوديعة بغيرها، وذلك سبب موجب للضمان، فكذا ما سواه، وهو عدم تنصيصه على التخصيص، وإن وجد ثوب واحد ففي تنزيل كلامه عليه اشكال، قال (بعض - خ) الشافعية أنه ينزل عليه، ويدفع اليه، ومنهم من اطلق القول بأنه إذا وجد جنس الثوب ضمن، ولا يدفع اليه عين الموجود، وأمّا الضمان فالتخصيص بترك البيان، وأمّا أنه لا يدفع اليه عين الموجود فلا احتمال ان تكون الوديعة قد تلفت، والموجود غيرها، وهو جيد، ولهم وجه آخر، أنه إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لغلان وذكر معه ما يقتضي الضمان أمّا إذا اقتصر عليه فلا ضمان (٣).

هذا الكلام يحتاج الى التأمل (٤) الخ فتأمل، الظاهر أنه ان عيّن ووجد فهو لمالكه، وإن لم يوجد، فالظاهر عدم الضمان، إذ قد يكون تلف بغير تفريط، ألا ان

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب المضاربة الرواية ١ ج ١٣ ص ١٩٩.

(٢) هكذا في جميع النسخ، وفي التذكرة: وهو قول بعض الشافعية الخ.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٢٠.

(٤) مراده أنّ هذا الكلام من العلامة قلّس سرّه في التذكرة الى آخره يحتاج الى التأمل.

ولومات ولم توجد، اخذت من التركة على اشكال.

يعلم منه كونه ضامناً له، او قصر في هذا الوقت في عدم الاشارة الى مكانه وكونه ابن وان علم وجوده، فالظاهر بقاءه، فينبغي المصالحة ان لم يعلم قيمته، والا القيمة، فتأمل في كلام التذكرة، وما ذكرناه.

قوله: ولومات ولم توجد اخذت الخ. كأن المراد أنه عتيها ولم توجد مع عدم العلم بوجودها حال الموت بل العلم بوجودها (١) في الجملة وقبله. وحينئذ يحتمل ان تؤخذ قيمتها التي ثبتت بوجه شرعي من التركة، لاصل البقاء وعدم التلف لاصل وجه مضمون.

ويحتمل العلم لاصل عدم ضمان الوديعة حتى يثبت موجب الضمان، والاصل عنده، والظاهر العدم لاصل برائة الذمة، ولأن الأمانة ثابته فلم تثبت الخيانة، الا بشبوت موحها، والاصل عنده، وصون المسلم عن التقصير في مال الوديعة بترك الوصية ونحوها، فتأمل.

قال في التذكرة: الذي يقتضيه النظر علم الضمان والذي عليه فتوى أكثر العلماء من الشافعية الضمان.

وقال: لومات ولم يذكر عنه وديعة، ولكن وجد في تركته كيس مختوم او غير مختوم مكتوب عليه أنه وديعة فلان، او وجد في جريدته أن لفلان عندي كذا وكذا وديعة، لم يجب على الوارث التسليم بهذا القدر لانه ربما كتبه عبثاً ولهو وتلفاً (تلقيناً - خ) او ربما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يمحها، او رد الوديعة بعد ما اثبت في الجريدة، ولم يمحها، وبالجملة أنها يثبت كونها وديعة، بان يقر ان هذه وديعة، ثم يموت، ولا يكون منهما في اقراره عندنا، ومطلقاً عند جماعة من علمائنا او يقر الورثة بأنها وديعة او تقوم البيينة بذلك (٢).

(١) ليس في النسخين المخطوطين لفظة بل العلم بوجودها.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١

ولكن انت تعلم انه قد يعلم بذلك انها وديعة، فاذا علم، يعمل به، فتأمل.

الظاهر عدم الاحتياج هنا الى اليقين مع البينة، وكذا مع اقراره، مع الاحتمال، للاصل وعدم الدليل، واختصاص الرواية (١) باليمين على تقدير قبولها، بالذين، وسيجئ تحقيق الأمر انشاء الله (٢).

وقال ايضاً: اذا (فاذا-خ) ثبت الوديعة باحد هذه الوجوه، وجب على الورثة دفعها الى مالكيها، فان اخروا التفع مع الامكان ضمنوا، ولو لم يعلم صاحبها بموت المستودع وجب على ورثته اعلامه ذلك، ولم يكن لهم امساك الوديعة الى ان يطلبها المالك منهم، لأن المالك لم يأمرهم عليها، وذلك كما لو اطارت الريح ثوباً الى دار انسان وعلم صاحبه، فان عليه اعلامه، فان أخر ذلك مع امكانه ضمن (٣). والاعلام جيد، ولكن الضمان مع التأخير من غير تصرف بل بمجرد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه. محل التأمل.

وكذا وجوب دفعه، بل جوازه، لأنه تصرف غير مأذون، فيمكن الضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير، وكذا في جميع الودائع والعواري. ألا ان يقال ذلك مأذون شرعاً، فانه جواز رد المال الى مالكيه بان يؤدي اليه بنفسه او وكيله وفيه تأمل، خصوصاً مع عدم الامانة، فانه تسليط الغير على ملك الغير بغير اذن.

ويمكن جواز تسليمه الى الذي اعطاه الدافع، ولعل المرفق اقتضى ان المالك اذن بالبعث اليه، مع من كان، ولهذا، هو متداول بين المسلمين، من غير نكبي، فتأمل. واحتفظ.

(١) راجع القومائل الباب ٢٨ ذيل الرواية ١. (٢) في كتاب الشهادات. (٣) التذكرة ح ٢ ص ٢٠١.

ويجب ردها على المالك، وإن كان كافراً لا غاصباً، بل يردّ على
المغضوب منه، ولو جهله تعلق، وضمن، أو أبقاها أمانة، ولا ضمان.

وقال أيضاً جميع ما قلناه ثابت فيما إذا وجد فرصة للإيداع و (او-خ)
الوصية، أمّا إذا لم يوجد بان مات فجأة، أو قتل غيلة، فلا ضمان لأنّه لم يقصر.
ثمّ قال: إذا تبرّم (١) المستودع بالوديعة فسلمها الى القاضي ضمن
المستودع، ألا مع الحاجة.

ويمكن القاضي (٢) أيضاً لو كان عالماً، ومذهبه عدم جواز الاخذ، ويمكن
الضمان مع جهله، ويخرج عن العدالة أيضاً، ألا ان يقال أنّه صغيرة، ولم يستتر
ويصر (٣)، فيبقى الضمان.

وقال أيضاً:

كبر السن ليس مثل المرض المخوف الموجب للوصية.

وقال أيضاً، لو أقر المريض بالوديعة، ولا تهمة، ثم مات في الحال،
فالأقرب هنا على قول من منع من المحاصة (للمحاصة-خ) ها ان (اذ-خ) اقراره بأن
عنده أو عليه وديعة، يقتضي حصوله في الحال، فإذا مات عقيب لم يمكن فرض
التنف قبل الايصاء.

والظاهر أنّه كذلك مع التهمة أيضاً، عند من لا يعتبر ذلك، وأنّه يحتمل ان
يكون قوله ذلك باعتبار ما كان بحكم الاستصحاب، فلا يضمن، ولا يحاص
القرماء، فتأمل.

قوله: ويجب ردها على المالك الخ. دليل وجوب الرد- وإن كان المالك

(١) أبرمه أبرماً أي أحكمته (مجمع البحرين).

(٢) يعني ولم يستقر عليه حتى يصدق الاصرار على الصغيرة.

(٣) يعني ويمكن ضمان القاضي أيضاً.

كافراً حربياً، عموم الآيات والاختبار العامة (١).

بل الخاصة أيضاً مثل رواية المفضل (فضيل - خ) في ردّ ودیعة الخارجی (٢) ورواية أخرى في ردّ ودیعة قاتل أمير المؤمنين عليه السلام (٣).

وكأنه الإجماع أيضاً، ولكن لم يردّ المصنوب على العاصب، بل المصنوب منه ان علمه، وان جهله وأیس من علمه، يمكن الحاقه باللقطة، كما فعله في القواعد، لضعيفة حص بن غياث، به وبغيره، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعاً، واللص مسلم، هل يردّ عليه؟ قال: لا يردّ فان أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل، والآ كان في يده بمنزلة لقطه يصيبها، فيمرفها حولاً، فان جاء (اصاب - يب) صاحبها ردّها عليه، والآ تصدق بها، فان جاء بعد ذلك، خيره بين الغرم والأجر، فان احتار الأجر فله، فان احتار الغرم فم له (٤).

ويحتمل التصديق به، كما هو ظاهر المتن، على ما يدل عليه الاختبار الدالة على فعل ذلك، في المال المجهول صاحبه (٥)، وقد تقدم، فتأمل وتذكر.

(١) مثل قوله تعالى: **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** (النساء ٥٨) وراجع الوسائل الباب ١ و ٢ من كتاب الوديعة ج ١٣ ص ٢١٨.

(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب الوديعة الرواية ٩، ولم يذكر المصنوب في الكافي و أحد الموصعين من التهذيب ولكنه مذكور في باب الوديعة من التهذيب.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب الوديعة الرواية ٢ و ٨ والكافي والتهذيب في باب المكاسب.

(٤) وتماه: وكان الأجر له، الوسائل الباب ١٨ من كتاب اللقطة الرواية ١ (ح ١٧ ص ٣٦٨) وسنده كما في التهذيب هكذا: محمد بن الحسن الصغار عن علي بن محمد بن شير عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود (مقري - تل) عن حص بن غياث.

(٥) راجع الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به ج ٦ ص ١٤٤ والباب ١٨ من كتاب اللقطة ج ١٧ ص ٣٦٨ وغيرهما.

ويحلف لو طلبها الغاصب.

ولو مزجها الغاصب بماله بحيث لا يتميز ردّ الجميع إليه.

لكن تلك الأدلة خالية عن الضمان، بل ظاهرها عدمه.

وحكم المصنف بالتصدق مع الضمان أو إبقائه عنده أمانة دائماً، مع عدم الضمان، إلا بما يوجب من التخصيصات التي تقدمت.

والضمان ضرر، وكذا إبقائه كذلك، لأن حفظ الأمانة - كما عرفت بحيث لا يوجب الضمان والاثم - صعب ومشكل، خصوصاً دائماً، وهو ظاهر، فيحتمل بدون الضمان كما هو ظاهر تلك الأخبار فتأمل.

ثم إنّ الضمان على تقديره هل هو بمعنى أنه لو وجد صاحبه حين حياة القابض، يجب رده عليه فقط أولاً، بل ضمان مثل الذبون والغصب فيجب عليه رده ثم لا يبعد ثم على الورثة كذلك (١)، والأول أنسب إلى الأصل، فتأمل.

قوله: ويحلف لو طلبها الغاصب. أي لو طلب الغاصب الوديعة يحلف الودعي على عدم كونها عنده، ويؤثر جواباً، وقد مر مثله.

قوله: ولو مزجه (مزجها - خ) الغاصب الخ. أي لو مزج الغاصب المال الذي غصبه، بماله نفسه مزجاً لا يتميز بالكلية، وكان وديعة عند شخص وأخذ من الغاصب، قال المصنف: يجب عليه أي على الودعي أن يسلم الكل إلى الغاصب. ويحتمل إلى صاحب المال، فإنه يجب تسليم مال المالك إليه، ولا يمكن إلا بتسليم الكل، فيجب.

وفيه تأمل فإن الذي يقتضيه النظر أن المال مشترك بينهما، فتصرف أحدهما دون الآخر مشكل، وإن كان غاصباً ظالماً، فإن الظالم لا يحمل ماله لكونه ظالماً، وهو ظاهر، فإن كان المزج بالأدنى بحيث ما بقي للمالك قيمة، يمكن

(١) يعني وجب على الورثة رده ثم الإبقاء

ولو مات المالك سلمت الى وارثه، فان تعدد، سلم الى الجميع او وكيلهم، ولو دفع الى البعض، ضمن حصص الباقيين.

تسليمه الى الغاصب، ويجب عليه رد مال المالك مثلاً او قيمة.

ويمكن وجوب تسليمه الى الحاكم حتى يقسمه، مع رد ارش النقص على وجه لا يلزم الربا، او باعتبار القيمة، فتأمل، او يعطيه الغاصب ويضمنه كل المال مثلاً او قيمة.

وان كان المساوي يكون شريكاً، فيقسم بينهما، وكذا بالأعلى، ويحتمل جعله كالتالف، والالزام بالعوض، فتأمل.

قال في التذكرة: فان كان الظالم قد مزج الوديعة بما له مزجاً لا يتميز لم يجر للمستودع حبسها، ويجب رد الجميع الى الغاصب ويحتمل عندي، قدر (١) مال للنص اليه واحتفاظ الباقي للمالكه والقسمة هنا ضرورة.

وفيه تأمل، لانه تقسيم مغير اذن المالكين، نعم لو فعل ذلك الحاكم لتغليب مال المالك لابس للضرورة، ان لم يكن المالك حاضراً ولم يرض الغاصب، وهذا في المساوي غير بعيد، لا غير، الا ان يرضى الغاصب في الأعلى، فتأمل.

قوله: ولو مات المالك سلمت الخ. أي لو مات المودع يجب على المستودع ان يسلم الوديعة الى وارثه، فان كان واحداً سلمه اليه من غير حاجة الى لمطالبة، فورياً، او يعلمه بالحال على ما قالوه، وقد مر مثله. مع التأمل فيه.

وان كان متعدداً، سلم الى الجميع، بان يضع بأيديهم او بيد وكيل الجميع، ولا يجوز دفعها بعينها الى البعض، ولو فعل، ضمن حصص الباقيين، وأثم، فان رضوا بذلك فهو، والا فيأخذون نصيبهم منه (حصتهم منه - خ)، ويسلمها اليهم.

(١) أي رد قدر مال النص اليه.

ولو ادعاهما اثنان، صدق في التخصيص، ولو ادعى الآخر علمه، او ادعياه مع الاشتباه حلف.

واما لو كان عوضها في ذمته يجوز له تسليم الكل الى البعض، فان رضو، والا فليأخذوا نصيبهم منه، وهو يرجع الى من سلم الكل اليه.

قوله: ولو ادعاهما اثنان صدق الخ. أي لو ادعى كل الوديعة الواحدة اثنان وصدق المستودع في التخصيص أي تخصيص (بمخصص - خ) أيهما فعل قبل منه وسمع، فان ادعى الآخر ان الذي خصص المستودع الوديعة بغيره، علمه بأنه منه لامن المصطلق حلف له بنفي العلم.

وكذا لو ادعيا علمه بأنه له خاصة مع الاشتباه على المستودع حلف المستودع لها بنفي العلم بذلك، وفي الصورة الاولى يصير الوديعة للمصطلق وللآخر ان يذمي على من بيده ويحلفه، وفي الصورة الثانية يقسم بينهما، كما قيل بمثل ذلك فيما تقدم، وسيجيئ ايضاً.

ويحتمل القرعة ايضاً واحلاف من خرج اسمه بالفرعة، واعطاء الوديعة. ولعل الاول أولى لعموم الخبر الدال على التقسيم (١) في مثله، فتذكر. ويمكن انتزاعها من يد الودعي، لانه باقراره أنه لاحدهما لا غير، - الا أنه لم يعرف العين، - فيسلم اليها جميعاً.

ويمكن كون ذلك بامر الحاكم، ويحتمل ابقائها بيده لاستصحاب ثبوت امانته. ثم ان حكم (٢) بنكول يمينه في الصورتين، وكذا يمين احدهما ان توجه اليه ذلك، وكذا بينته ظاهراً كما علم في محله وسيجيء، فتأمل. علم أنه اذا ضمن الوديعة بسبب موجب للضمان - فيحكم أنه اذا ضمن

(١)

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب أن الحكم بنكول يمينه الخ.

لم يتخلص منه الا بالتسليم او الابداع ثانياً، او اسقاط الضمان على الاحتمال. تصوير يده يد عدوان، فلا يجوز كون الوديعة عنده حينئذ بل يجب الرد او الاعلام على ما قالوا في الامانات الشرعية.

وانه اذا اودعه في السوق او الطريق، وقال: احفظه في بيتك، وحب عليه المبادرة الى البيت، والاحراز فيه، فان أضر من غير عذر ضمن، ولو كان لعذر فلا ضمان، قاله في التذكرة.

وقال ايضاً: لو اودعها في البيت: وقال: احفظه (احفظ هذه الوديعة - خ) في البيت (في بيتك - خ) فجعلها في ثيابه فخرج بها ضمن سوء ربطها واحكم شدتها ولا، ولو ربطها في كسه ولم يخرج بها مع امكان وضعها في صندوق ونحوه ضمن (١) فيلزمه حينئذ الاعلام او الرد، فتأمل.

ثم قال ولو كان لعذر فتح (٢) قفل الصندوق، لم يضمن، ولو ودعه في البيت ولم يقل له احفظه في البيت فخرج بها مربوطاً في ثيابه احتمل عدم الضمان، لانه احرز عليها بالربط والشد، وذلك حرز مثله (مثلها - خ) ولم ينص المودع على حرز بعينه.

وفيه تأمل، لانه قد قرر من قبل ان حرز الدراهم، الصندوق، فكأنه يريد بذلك، اذا امر بالحفظ في البيت فالصندوق هو حرزه فتأمل.

(١) نقلها عن التذكرة، فان في النسخ سقطاً تراجم ج ٢ ص ٢٠٤.

(٢) في التذكرة - ولو كان ذلك لتعذر فتح قفل الصندوق الخ.

«المقصد الثامن في العارية» (١)

وهي جائزة من الطرفين.

المقصد الثامن في العارية

قوله: وهي جائزة من الطرفين الخ. قال في التذكرة: العارية بتشديد الياء عقد شرع لا باحة الانتفاع يعين من اعيان المال على جهة التبرع، وشذدت الياء كأنها منسوبة الى العار، لأن طلبها عار قاله (قال - خ) صاحب لصحاح، - الى قوله -: وقال الخطابي في غريبه: ان لغة الحامية (الغالبية - خ) العارية، وقد تخفف (٢).

قال في لقواعد: وهو كل لفظ دلّ على تسويغ الانتفاع بالعين، مع بقائها، مطلقا او مدة معينة، وثمرته التسرع بالمنفعة.

قال في شرح القواعد: قيل عليه: ان كان قوله، وثمرته التبرع بالمنفعة جزم التعريف بتقضى في عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك، والآ انتقض في طرده بالاجارة.

ويمكن ان يحاب بكونه حزة ولا يرد ما ذكره، لأن هذا الفرد من العارية

(١) تشديد الراء وتحققها.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

مقتضاها التبرع وانما جاء العوض من امر زائد على العقد، وهو الشرط، فانه عقد مع شرط (١).

ويمكن ان يقال ان اخذ اللفظ غير جيد، لان العارية قد تحصل بغير اللفظ، وهو ظاهر.

وقال في التذكرة: وهي تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنه بصديقه كفي في الانتفاع عن العقد الخ.

وقال ايضاً: لما كان الاصل في الاموال العصمة لم يباح شيء منها على غير مالكها الا بالرضا منه، ولما كان الرضا من الامور الباطنة الخفية تعذر التوصل اليه قطعاً، فاكفى فيه بالظن المستفاد من العبارات والالفاظ وما يقوم مقامها.

وقال ايضاً: (و-خ) الاقرب عندي انه لا تفتقر العارية الى لفظ، بل يكفي قرينة الاذن من غير لفظ دالة على الاعارة والاستعارة لامن طرف المعير ولا من طرف المستعير، كما لو رآه عارياً، فذمغ اليه قيصاً، فلسه، ثبتت العارية، وكذا لو فرش لضييفه فراشاً، او بساطاً او مصلى او حصيراً، او القى اليه وسادة فجلس عليها، او منحة فاتكى عليها، كان ذلك اعارة، بخلاف ما لو دخل فجلس على العرش لمبسوطة (العرش المسوط - خ)، لانه لم يقصد به انتفاع شخص بعهه الخ (٢). يعني لم يقصد انتفاع الضيف الداخل، فليس بالنسبة اليه عارية.

وان في الجواب المذكور (٣) تأملاً، اذا لاشك ان هذا الفرد (٤) ليس فيه التبرع، وهو فرد العارية، وقد سلمه المجيب ايضاً، فلا يكون عارية.

(١) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٤٢ من الطبعة الحبرية.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١١.

(٣) يعني جواب الشرط في قوله: ويمكن ان يجاب.

(٤) يعني قوله: امرتك حاري الخ.

وايضاً اذا كان مقتضاه التبرع كيف يجوز اشتراط عدمه، فان الشرط الذي ضد مقتضى العقد غير جائز ولازم، وكيف يجتمع ويخرج عن مقتضاه. وكأته لذلك قال في التذكرة: لو قال: أعرتك حاري لتعيرني فرسك، فهي اجارة فاسدة، وعلى كل واحد منها اجرة مثل دابة الآخر. كأنه نقله وامثاله عن بعض الشافعية، ثم رجع كونه عارية صحيحة مشروطة.

فيمكن ان يجاب عن السؤال بأنه غير داخل، ولا ترد الاجارة (١) لأن معنى التعريف كما هو الظاهر كون تسويغ الانتفاع هو ثمرته، والمقصود منه، ومعلوم ان الاجارة ليست كذلك، بل ثمرتها تملك المنفعة بعوض معلوم، وهو ظاهر. وكذا لا ينقض بالتسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة، ولا يحتاج في الرد (٢) الى ما لا يندفع بدونه، وهو زيادة بقاء الجواز بحاله. ولا يرد عليه (٣) ايضاً أن التسويغ ثمرة الايجاب فقط لا ثمرتها (٤) معاً ايضاً.

نعم يرد على التعريف أنه يلزم ان يكون محض الايجاب (٥) عقداً، ويمكن التزامه فتأمل.

او يقال إن المراد كون جنس هذا، ذلك (مثلاً - خ)، فلا يضر العوض في الجملة في بعض افراده اتفاقاً، كما قيل مثل ذلك في مواضع مثل الهبة، والبحث في

(١) يعني لا يرد طرد التعريف بالاجارة.

(٢) اشارة الى رد ما في جامع المقاصد بقوله: والأولى أن يراد به التعريف مع بقاء الجواز انتهى

(٣) أي على تعريف القواعد.

(٤) يعني ثمرة الايجاب والقبول.

(٥) بأنه قال في القواعد - وهو أي العقد - كل لعق ذلك على تسريح الانتفاع الخ.

امثاله خارج عن المقصود وعمّا مهتداه، ألا أتى قد تركت ذلك للمتابعة، وبيان الحق فتأمل.

وينبغي ان يقال في المثال المذكور ونحوه ان قصد بذلك الاجارة فهي اجارة فاسدة، وان قصد العارية فهي عارية صحيحة، وصرّح في التذكرة بأنها عارية صحيحة، في آخر هذه المسألة، وكأنّ قوله: اجارة فاسدة مذهب العامة، حيث صرح به، ويمكن ان يكون على قصد الاجارة.

ثمّ هنا تحقيق في شرح القواعد (١) ما عرفته تحقيقاً، بل لتحقيق مذكرته، فتأمل، ولا تقلد.

ثمّ انّ هذا العقد مشروع بالنص والاجماع، اما النص فالكتاب قوله تعالى: **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى** (٢) تأمل في الدلالة.

والسنة فالرواية من العامة والخاصة، وهي كثيرة، وسيجيء.

اما الاجماع فلا خلاف بين علماء الأمصار في جوازها والترغيب فيها.

ثمّ قال في التذكرة: والعارية مستحبة مندوب اليها مرغّب فيها، لأنّ اقتران منع الماعون في الآية (٣) - مع المراءى في صلاته - يدلّ على شدة الترهيب (الترهيد - خ) في منعها (١) والترغيب في فعلها.

ولأنّها من البرّ، وقد امر الله تعالى فيها بالمعاونة فيه (٥) وليست واجبة فيه

(١) راجع شرح القواعد عند قول المصنف: ولو قال: اعتركت الدابة بمنعها فهي اجارة فاسدة الخ

ح ١ ص ٣٤٣.

(٢) المائدة: ٢.

(٣) قال الله تعالى: الَّذِينَ يُرِيدُونَ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ: ٧.

(٤) في التذكرة: يدلّ على شدة الحث عليها والترهيد في منعها.

(٥) اشارة الى قوله تعالى: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى» المائدة: ٢.

قول أكثر أهل العلم للأصل.

ومثل قوله (ولقول النسي - خ) صلى الله عليه وآله: إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك (١).

وقال عليه السلام: ليس في المال حق سوى الزكاة (٢).
وسأله لأعرابي، فقال: ماذا فرض (افترض - خ) الله علي من الصدقة؟
قال: لزكاة، قل: هل على غيرها؟ قال: لا، أن تنطوع (٣).
وقيل: نها واجبة للآية (٤) ولما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: من صاحب ابن لا يؤدي حقها، الحديث (إلى أن قال - خ) قيل: يا رسول الله وما حقها؟ قال: أمانة ولدها، وأطراق فحولها، ومنحة لبها يوم ورودها (٥).

فثم الله تعالى مانع العارية، وتوعده رسول الله بما ذكره في خبره.
والجواب المراد زيادة الترغيب، على أن قول علي عليه السلام حجة في تفسيره، الماعول الزكاة (٦) ولا ريب في وجوبها، ولو حملناها على العارية، فالتوعد أنها وقع على الثلاث، قال عكرمة: إذا جمع الثلاث (ثلاثتها - خ) فله الويل إذ سهى

(١) من منحة ج ٣ باب ما أدى زكوة ليس بكراج ١ ص ٥٧٠ الحديث ١٧٨٨

(٢) من ابن منحة ج ٣ باب ما أدى زكوة ليس بكراج ١ ص ٥٧٠ الحديث ١٧٨٩.

(٣) من النسي ج ٨ ص ١١٩ (الزكاة) وفيه ذكره رسول الله صلى الله عليه وآله (وآله) الزكاة فقال هل

علي غيرها؟ قال: إلا أن تنطوع، الحديث.

(٤) الماعول ٧.

(٥) من مدارمي ج ١ باب من لم يؤد زكاة الإبل إلخ ص ٣٨٠ وفيه ما من صاحب ابن لا يعمل فيه حده

إلى أن قال رسول الله ما حق الإبل إلخ قال: حطبها على الماء وإعارة دئوها وإعارة صحتها ومنحها ليع.

(٦) نمر المشوري في تفسير سورة الماعول، ومن الحديث هكذا: لخرج القرطبي إلى أن قال: وأبهي في

سسه من عني بن أبي طاب (عليه السلام) قال: الماعول الزكاة المفروضة يراؤن صلاهم، ويعول زكوتهم.

عن الصلاة ورأى ومنع الماعون (١).

الظاهر أن الخلاف من علماء العامة (٢) غير مشهور ومذكور عندنا، فيمكن أن يستدل عليه باجماعنا؛ وآلاً والاحبار المذكورة غير صحيحة وعلى تقدير صحتها يمكن تخصيصها، لدليل الوحوب، مثل ما تقدم، لوحوب حمل العام على الخاص، ولهذا مخصوصة (٣)، بالخمس والكهاترات والذنور والذيون.

وحمل دليل الوحوب على الترغيب فقط بعيد وبجاء، والتخصيص أولى. وبعد أيضاً حمل التواعد على الثلاث (٤) بحيث لا يكون لمنع الماعون مثلاً دخلاً (٥) في الكون في الويل، بل محال، مثل ذلك في كلامه تعالى، كما قيل منه في جواب ردة الاستدلال - بقوله تعالى: ما سلككم في سقر قالوا لئن كنا من المصلين الآية (٦) وبقوله تعالى: «وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً» (٧) - على (٨) كون الكفار مكنتاً (٩) بالفروع أن السلوك وملافة الاثم قد يكون للمجموع من حيث المجموع،

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) في النسخة المصنوعة هكذا. الظاهر أن الخلاف من علماء العامة، إذ الخلاف غير مشهور ومذكور عندنا، فيمكن الخ.

(٣) الظاهر أن مراده أن الآية وهو قوله تعالى «وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً» تخص بالخمس والكهاترات والذنور والذيون.

(٤) أراد بها الثلاث المتقدمة في كلامه حكيم.

(٥) هكذا في جميع النسخ، والصواب دخل بالرفع.

(٦) بعدها قوله تعالى: «وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً» وفيه تكذيب يومئذ. المائدة: ٤١ إلى ٤٦.

(٧) ما قبلها قوله تعالى: «وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهاً آخَرَ لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» ولا يأتون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً - الآية، الفرقان: ٦٨.

(٨) قوله فقس سره: على كون الكفار الخ متعلق بالاستدلال، وقوله: أن السلوك بيان ردة الاستدلال، وقوله: أنه لو لم يكن الخ بيان لجواب الرد.

(٩) هكذا في جميع النسخ، والصواب مكنتين.

فلا يلزم كون كل واحد واحد حراماً، مآنه لو لم يكن كذلك لزم كون ضم ما ليس بحرام عبثاً.

وقول عكرمة (١) ان كان مراده ذلك ليس بحجة.

نعم يمكن ان يقال: الاصل براءة الذمة، والخبر المذكور (٢) ليس بصحيح ولا صريح في الوجوب، والآية (٣) ليست بصريحة في المعنى المبحوث عنه، اذ قد اختلف في تفسيرها، كما هو مذكور في محله، ويكفي النقل عن أمير المؤمنين عليه السلام أن المراد هو الزكوة، ولو ثبت لم يبق للاستدلال بها وجه أصلاً.

قال: ولوجود معان كثيرة له في اللغة، في القاموس، الماعون المعروف، والمطر (الدائم - خ) والمأكّل، وكل ما انتفعت به كالعير (كالمعين - خ) وكل ما يستعار من فأس وقدم وقدر ونحوها، والانتقباد، والطاعة، والزكوة، وما يمنع (عن الطالب - خ) وما لم يمنع (ضداً - خ) (٤).

فلا يمكن الاستدلال بوجوب مثلها بمثلها.

ويؤيده أنه أمر خاص، فآنه غير صريح في المنع عن عارية الماعون، بل قد يكون عن اجارتها وبيعها ونحو ذلك (٥)، فتأمل.

ويؤيده (٦) أيضاً أن العقل والنقل دلّ على عدم جبر المالك على ملكه.

وايضاً أنه ضرر، وأنه قد يكون صاحبه يحتاج ولم يكن حاضراً عنده،

(١) وقول عكرمة يعني فيما تقدم من قوله: قال عكرمة. اذ اجمع النح.

(٢) يعني ما رواه ابو هريرة المتقدم نقله.

(٣) انتهى ما في القاموس، مع اختلاف يسير.

(٤) يعني أن الآية الشريفة غير صريحة في خصوص منع العارية اذ يمكن ان يكون المراد المنع عن الإحارة وبيع ونحوها.

(٥) يعني يؤيد عدم الوجوب.

(٦) يعني يؤيد عدم الوجوب.

ويصعب تحصيل المستعين، او يكون حينئذ مشغولاً به.

وايضاً غير مضبوط في أي شيء؟ والى متى؟

فالظاهر عدم الوجوب، والاحتياط واضح، لا يترك.

ويؤيده أنه قضاء الحاجة، وادخال السرون، خصوصاً بالنسبة الى الاجار

والقريب (الغريب - خ)، فلا ينبغي الترك مهما امكن، وكذا كل احسان، والدليل على ترغيب وحسنه أكثر من ان يحصى، كتاباً وسنة (١) واجماعاً وعقلاً، فتأمل.

قال في التذكرة: اما الاجماع فلا خلاف بين علماء الامصار في جميع

الاعصار في جوازها والترغيب في فعلها، ولأن هذا العقد جائز.

كأنه بالاجماع، قال في التذكرة: عقد العارية جاز من الطرفين بالاجماع لكل

منها فسخه (٢).

فاذا جاز فسخه واحذ المعار بعد العقد، مطلقاً، بالاجماع، ففي الابتداء

بالطريق الأولى.

الا ان يقال: ان القائل بالوجوب ابتداء لم يقل بالجواز من جانب المعين

فقد عرفت الاجماع على كون هذا العقد جائزاً، فلكل منها الفسخ، الا في موضع، فإنه قد يترجم بخصوصه، مثل القبر والتفنن وغير ذلك.

ثم اشار (٣) الى اركانه، وقال: (و- خ) هي اربعة، (الاول - خ) المعبر وله

شرطان ملكية المنفعة، واهلية التصرف التبرعية، فلا يصح اعارة الفاضل (في

العين)، لأنه منهي عن التصرف في الغصب - الى قوله -: ولا يشترط ملكية العين في

المعبر، بل يكفي ملكية المنفعة، فلو استأجر عيناً جازله ان يعيرها لغيره، الا ان

(١) راجع ابواب فعل المعروف من كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ١١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١١.

(٣) يعني العلامة قلن سره في التذكرة.

يشترط المالك مباشرة الانتفاع من نفسه (بنفسه - خ) فيحرم حينئذٍ الاعارة، ولو لم يشترطه جاز له، لانه مالك للمنفعة، وهذا يجوز اخذ العوض عنها بعقد لاجارة، وكذا لموصى له بحصة العبد وسكنى الدار يجوز لها ان يعيراهما قتاله في التذكرة (١). ويمكن ان يقال يكفي جواز الانتفاع وان لم يكن المنفعة محبوبة كالموقوف له، ان قننا به، وكذا المعارة، فيجوز مع اذن المالك.

ويحتمل ان يكون المعير بالحقيقة هو المالك.

ومنع اعارة المستعير في التذكرة، وقال: لا يجوز للضيف ان يبيع الطعام لغيره، لانه غير مالك للمنفعة، بل مجرد الاباحة، ثم قال: ولكن يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه، وبوكيله، ولا يكون ذلك اعارة الوكيل، اذا لم تعد المنفعة اليه.

كانه موقوف على عدم اشتراط اخذ المنفعة لنفسه، اد معلوم انه معه - ولو كان بالقرينة الظاهرة - لا يجوز.

ويعهم منه انه لابد ان تكون المنفعة عائدة الى المستعير، لا الوكيل، فان عادت اليه، لا يجوز ولا نصح الوكالة، بل يصير اعارة منه، كما اذا اعار لذر للسكى، فيعطى غيره ليسكن فيه، وكذا ركوب الدابة وحمها، الا ان يكون الحمل له (٢)، ويكون هو وكيلاً في بيعه، وايصاله الى موضع.

وفي الركوب أيضاً يحتمل اذا كان ذهابه الى ذلك الموضع لغرض المعين وكالكتاب والقلم والدوات للعارية، فيجوز اعطائها لوكيله ليكتب له لغيره.

والكل ينبغي، اذا لم يعلم الاختصاص، بل يكون ظاهراً ان غرضه هو انتفاع المستعير مطلقاً، سواء كان بنفسه او بغيره، فان اكثر المذكورات انها تعار

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) أي يكون الحمل للمستعير.

للمستعير لانتفاعه بنفسه مع علم القرينة.

وقال أيضاً: وشرطنا في المعير جواز التصرف، فلا بد وان يكون مالغاً عاقلاً
جائز التصرف، فلا يصح اعادة الصبي، لأنه ممنوع من التصرف التي من جهتها
الاعارة، ولا اعارة المجنون، ولا المحجور عليه للتفه او الفلاس، لأنهم ممنوعون من
التصرفات (عن التصرفات-خ) والاعارة تبرع، وكذا ليس للمحرم اعارة الصيد،
لأنه ممنوع من التصرف، بل وليس بمالك عند الاكث ولو اسلم عبد الكافر تحت
يده وجب بيعه من المسلمين، فيجوز للكافر اعارته للمسلم، مدة المساومة، وكذا
لو ورث او ملك، ان قلنا بصحة البيع مصحفاً (١) (٢).

وقد مر البحث في الصبي وقلنا: لامانع عن بعض هذه الامور، مع اذن
الولي، ويؤيده ماسيجي في الكتاب تجويز ذلك.

وقد مر البحث في عدم استقرار ملكية الكافر على المسلم، وفي السفه كان
مراده مع الحجر، بناء على مذهبه، فتأمل.

ثم قال في التذكرة: الركن الثاني المستعير، وشرطه ان يكون معيناً واهلاً
للتبرع عليه، فلو اعار أحد هذين او أحد هؤلاء، لم يصح، لعدم التعيين، وكل واحد
لا يمتنع للاعارة لصلاحيته الآخر واستباحة منافع الغير، ولا يكون الا بوجه شرعي،
لان الاصل تحريم منافع الغير على غيره الا باذنه، ولم يثبت.

ولو عظم المستعير جاز، سواء كان التعميم في عدد محصور، كقوله: اعرت
هذا الكتاب هؤلاء العشرة او في عدد غير محصور، كقوله: لكل الناس، ولا ياتي احد
من اشخاص الناس، او لمن دخل الدار، وبالجمله الكلّي معين، وان لم يكن عامّاً

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٦.

(٢) أي لو ورث او ملك مصحفاً، ان قلنا بصحة البيع.

كأني رجل اوي داخل، واحد الشخصين مجهول (١).
وانت تعلم أنه ان كان القصد باحد الشخصين احدهما واتيها كان بحيث
جوّز لواحد منها، بمعنى أنه ليس لها بل لاحدهما، فاتيها كان متصرفاً ومنطعاً به فهو
جائز، ولا فرق بينه وبين العام المحصور في لفظة التعيين.
واريد (٢) به ما يصدق عليه احدهم غير تعيين وتخصيص، فيكون حينئذ عاماً
محصوراً.

نعم لو قصد احداً معيّناً في نفسه وممتازاً عنده - وما عيّنه في العبارة مثل زيد
لاعمرو ثم قال احدهما ولم يعلم ذلك - لم يصح، ويصير مثل المطلق الذي اطلق
واريد معيّناً، ولم ينصب قرينة معيّنة، فيكون مجعلاً.
وان لم يعلم شيئاً، فالظاهر هو المعنى الاول، للتبادر، ولئلا يلزم الاجمال
الذي الاصل عنده وعدم العائدة، وحمل كلام العاقل على اللغو.
ثم ذكر عدم جواز استمارة الكفار العبد المسلم والأمة المسلمة، واستشكل،
بناءً على جواز اجارتهم ونفي التسليط، بالآية (٣).
فتأمل في دلالتها، وكذا في جواز اجارتهم، وكأنه لذلك قال: والاقرب
الكراهة ونفي (٤) اعارة المصحف ايّاهم، لتعظيمه، فوجب عدم وضعه عند من
لا يرى له حرمة وتعظيماً.
وبني اعارة كتب الاحاديث ايّاهم على جواز بيعها عليهم وعدمه.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) في النسختين المخطوطين: (لو وكيلاً مطلقاً واريد الخ) والصلوب ما أثبتناه.

(٣) وهو قوله تعالى: ولن يجمل الله للكافرين على المؤمنين ميلاً.

(٤) حيث قال: وكذا لا يجوز للكافر استمارة المصحف من المسلم وغيره تكريماً للكتاب العزيز وميلاً

عمن لا يرى له حرمة.

ثم حكم بضمان المستعير المحرم الصيد ووجوب ارساله من يده، ومع التلف الضمان للمالك، والجزاء لله ايضاً بشكل ذلك (و-خ) مع عدم المالك (١) بان الصيد اذا وقع بيد المحرم يجب ارساله مطلقاً، فيمكن عدمه لأنه مفوت لماله عالمًا، وأما مع الجهل، فينبغي الضمان على تقدير ارساله، سيما مع علمه، ولكن وجوب ارساله محل التأمل، فإنه ملك الغير فتأمل.

ثم الظاهر عندهم أنّ غير البالغ العاقل كما لم يصح (يصح-خ) للاعارة لم يصح (يصح-خ) للاستعارة ايضاً لما تقدم، وأنه لا ضمان على المجنون والصبي غير المميز والمميز ايضاً، مع التلف على الاحتمال، لعدم وجوب اخفظ عليه، وكأن المالك اتلف مال نفسه، ومع الاتلاف يمكن الضمان، كما مرّ، فتأمل.

والظاهر ان المحذور عليه للفلس، بل للسفه ايضاً قابل للاستعارة.

ثم قال: الركن الثالث المستعان وله شرطان، كونه منتفعاً به مع بقاء عينه، وإباحة المنفعة، فكل ما يرفع به انتفاعاً محلاً مع بقاء عينه تصح اعارته كالعقارات والدواب والعييد والثياب والاقشة والامتعة والصفير والحي، والضراب والكلاب (الكلب-خ) للصيد، والحفظ واشباه ذلك بلا خلاف. الى قوله. ولاعارة اوسع من الاجارة، فيحوز (لأنه يحوز-ح) اعارة الفحل للضراب، ومنع كثير من اجارته لذلك، والكلب يحوز اعارته، ولا يحوز احارته، على أحد وجهي الشافعية (٢).

وقال ايضاً: ولا بد وان تكون المنفعة مباحة لتحريم الاعانة على المحرم، فهو استعارة آنية الذهب والفضة للأكل والشرب، لم يجز أي اعارتها، ولو استعار كلب الصيد هوأً وبطراً لم يجز أي اعارته، وان كان للقوت او التجارة، حاز، وكذا يحوز

(١) في نسخة المطبوعة: ويشكل ذلك مع علم المالك.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

اعارة كلب الماشية والحائط والزرع لباحة هذه المنافع منها، وكل عين يفرض لها منفعة مباحة ومحترمة، فانه يجوز اعارتها، لاستيفاء المنفعة المباحة، دون المحترمة، فان استعارها لاستيفاء المحترمة، لم تصح الاعارة، ولا يستباح بها المنفعة المحللة، والاطلاق ينصرف الى المباح منها، ولو لم يفرض لها منفعة مباحة محللة البتة، فلا يجوز (حرم استعارتها - خ) اعارتها (١).

وهذا الكلام يشعر بان الاجارة للانتفاع بالمحرم حرام، وانه لا يجوز الانتفاع به ولا بالانتفاع المحلل، اذا استعاره للمحرم، الا ان يحمل هنا على الشرط، وقد مر البحث في ذلك، فتأمل وتذكر.

ثم قال: لا يشترط تعيين العين المستعارة عند الاعارة، فلو قال: اعرفني دابتك او دابة، فقال: ادخل الاصطبل وخذ ماشيت، صححت الاعارة، بخلاف الاجارة، لان فيها عوضاً، فلا يدخلها الغرر الذي لا يتحمل في المعاوضة (لا يتحمل المعاوضة - خ) (٢).

ولا يخفى ان هذا تمام، وقد مر في بحث المستعير ان في العام تعييناً، ولو قل بصحتها، اذا قل: اعرتك احدي هاتين الدابتين لعلم عدم اشتراط التعيين فيه نعم ان قيل بجوازها بالمعنى الثاني الذي فسرناه هناك (٣) وحينئذ يظهر الفرق بين المستعير والمستعار في حواز عدم التعيين في الثاني دون الاول.

ولكن عدم الجواز هناك، لما مر من الاجمال وانه قصد امرأ معيناً عنده، ومشتبهاً عند المخاطب مع علمه بقصد التعيين، فكيف يجوز له ان يتصرف بتيهما ارادة، والظاهر انه لا يجوز فتأمل.

(١) و(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

(٣) والظاهر أن جواب الشرط كلمة (صح) وجعله لدلالة المقام عليه.

(الركن الرابع) الصيغة، قال فيها (١) لَمَّا كَانَ الْاَصْلُ فِي الْاَمْوَالِ، الْعَصْمَةِ، لَمْ يَبِيعْ شَيْءٌ مِنْهَا عَلَى غَيْرِ مَالِكِهَا اِلَّا بِالرِّضَا مِنْهُ، وَلَمَّا كَانَ الرِّضَا مِنَ الْاُمُورِ الْبَاطِنَةِ الْخَفِيَّةِ، تَعَذَّرَ الْوُصُولُ اِلَيْهِ قِطْعًا، فَاكْتَفَى فِيهِ بِالظَّنِّ الْمُسْتَفَادِ مِنَ الْعِبَارَاتِ وَالْاَلْفَاظِ وَمَا يَقُومُ مَقَامِهَا، وَلَا يَخْتَصُّ لَفْظٌ (لَفْظًا - خ) بَعِيْنِهِ، بَلِ الْمَعْتَدُّ بِهِ فِي هَذَا الْبَابِ كُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى الْاِنْتِفَاعِ مَعَ بَقَائِهَا مُطْلَقًا اَوْ مَدَّةً مُعَيَّنَةً كَقَوْلِهِ: اَعْرَيْتُكَ وَادْنَيْتُ لَكَ، وَ (اَوْ - خ) اَنْتَفَعَ بِهِ، وَ (اَوْ - خ) خَذَهُ لَتَنْتَفِعَ بِهِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وَلَا يَشْتَرُطُ الْقَبُولُ نَظْقًا، فَلَوْ قَالَ: اَعْرَيْتُكَ، جَازِلُهُ الْاِنْتِفَاعُ، وَإِنْ لَمْ يَتَلَفَظْ بِالْقَبُولِ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ ضَعِيفٌ، لِأَنَّ ثَمَرَتَهُ اِبَاحَةُ الْاِنْتِفَاعِ، وَهِيَ تُحْصَلُ بِغَيْرِ عَقْدٍ، كَمَا لَوْ حَصَلَ ظَنُّهُ بِصَدِيقِهِ كَفَى فِي الْاِنْتِفَاعِ (بِالْاِنْتِفَاعِ - خ) عَنِ الْعَقْدِ، وَكَمَا فِي الضَّعِيفِ، بِخِلَافِ الْعُقُودِ الْاِلَازِمَةِ، فَأَنَّهَا مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْاَلْفَاظِ (الْفَظْ - خ) خَاصَّةً اَعْتَبَرَهَا الشَّارِعُ (الشَّرْع - خ) (٢).

وَقَالَ اَيْضًا: وَالْاَقْرَبُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظٍ، بَلْ يَكْفِي قَرِيْنَةُ الْاِذْنِ بِالْاِنْتِفَاعِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ دَالٍّ عَلَى الْاِعَارَةِ وَالْاِسْتِعَارَةِ، لِأَنَّ طَرَفَ الْمَعْرِ وَلَا مِنْ طَرَفِ الْمُسْتَعِيرِ آه (٣).

وَأَعْلَمُ أَنَّ هَذَا صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْعَارِيَةَ تَتَحَقَّقُ بِغَيْرِ الْفَظِّ وَبِغَيْرِ الْقَبُولِ، بَلْ غَيْرِ الْعَقْدِ، فَأَنَّهُ صَبَاحَةٌ عَنْ اِيْجَابِ وَقَبُولِ.

وَقَدْ عَرَفْتَ عَدَمَ اشْتِرَاطِهَا فِي الْعَارِيَةِ، وَأَنَّ الْعَقْدَ الْمُشْرَهْنَ هُوَ مُجَرَّدٌ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْاِنْتِفَاعِ، وَالْاِنْتِفَاعِ الَّذِي يَحْصُلُ بِفَعْلِ الْمُسْتَعِيرِ لَيْسَ بِقَبُولٍ، وَهُوَ جُزْءٌ لِلْعَقْدِ، إِذَا الْمَجُورُ لِلتَّصَرُّفِ الَّذِي هُوَ ثَمَرَةُ الْعَقْدِ مُتَحَقِّقٌ بِغَيْرِهِ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزِ التَّصَرُّفُ

(١) أي في التذكرة.

(٢) و (٣) التذكرة ج ٢ ص ٢٦٠.

قبله، وكذلك الوكالة والوديعة وأكثر العقود الجائزة، فتسميتها عقوداً ليس بسديد.
وكذا جعل الجعل لفعل الوكيل ما وكل فيه، وحفظ الوديعة، فإنه لا بد من
تحقق العقد المشرق قبل الثمرة، وهو جواز التصرف، والحال أنه حاصل قبله، إذ يجوز
لوكيل لبيع بيع ما وكل فيه، قبل القبول وبعد الإيجاب.
وكذا الانتفاع في العارية، فلو كان عقداً حاصلًا بهذا القبول، لما جاز ذلك
وهو ظاهر في كلامهم مسامحة ومساهلة، فتأمل.
فلعل تعريفها وجعلها من العقود، وتعريفها بأنه عقد كذا أو باللفظ الدال،
باعتبار الأغلب والأكثر

ويمكن تعريف المصنف بقوله: (وهو لفظ دالّ آء) إشارة إلى أنّ العقد هنا
مجرد الإيجاب، فلا يرد ما أورده الشارح (١).
تأمل وأن (٢) الدليل على اعتبار اللفظ في العقود الخاصة، بأنه لا بد من
الرضا، ولا يطلع عليه إلا من طرف اللفظ، كما يستدلون به غير تام.
«ذ يمكن الاطلاع عن غيره، كما في الصديق وسائر ما تضمنته الآية (٣) فإنه
إذا جوّز الشارع اتلاف وتضييع أنفس أموال شخص بالأكل، فجواز عارية مثل
كتابه بخطه في بيته والجلوس في داره ونحو ذلك - بل البيع، بعوض كثير في أمور
قليلة جداً، بحيث يحزم العقل تجويز مثله بذلك العوض مع العلم بأنه يريد بيعه -
بالطريق الأولى (٤).

(١) عكس أن يكون إشارة إلى مقاله الشهيد الثاني في المسالك في شرح قول المصنف. وهو عقد، من
قوله: «وعلم أنّ حدها عقداً يقتضي اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين، لأنّ ذلك هو المهور من العقد وأن لم
ينحصر في لفظ البيع راجع كلام المسالك.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، فإنّ الع.

(٣) خير قوله قلص مرة: محواز عارية مثل كتابه الع.

(٤) البقرة: ٦١.

وبالجملة ينبغي ان يكون العلم متبعاً في الكل، بل الظن الغالب القائم مقامه، بحيث لا يكون دلالة اضعف من اللفظ المحتمل عدم ارادة معنى له اصلاً او معنى مجازياً ونحو ذلك .

نعم ان ثبت ان شيئاً من العقود موقوف (موقوفة - خ) على اعتبار الشرع اللفظ، المعترف به، فهو متبع، والآقا لأمر كما تقدم، فتأمل.

ثم نقل في التذكرة الخلاف عن بعض الشافعية في اعتبار اللفظ من جانب المعير لا من المستعير، واعتبر فيه القبول، إقبا باللفظ او (واما - خ) بالفعل فقط، ومن البعض أنه لا بد من اللفظ من احد الطرفين من المعير او المستعير، والفعل من الآخر، ثم قال: فالاقرب ما تقدم.

اشارة الى عدم الاعتبار باللفظ في طرف اصلاً، بل يكفي ما يدل على الاذن بالانتفاع.

وقال أيضاً: وقد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوث اليه واستعماله كاكل الطعام من القصعة المبعوث (اليه - خ)، فانه يكون عارية، لأنه انتفاع (مستع - خ) بملك الغير باذنه، وان لم يوجد لفظ يدل عليه: بل شاهد الحال (١).

والظاهر استعمال القصعة في أكل الطعام الذي فيه مأذون صريحاً اذا كان مطبوخاً، فإن العادة ذلك، بل ربما لم يرض المالك بالصبت منه والاكل في موضع آخر، لحصول تغيير في طعامه في الجملة وعدم بقائه على حسن حاله الذي كان مقصوداً بقاءه عليه، بل التسفرة التي فيها الطعام، فانه قد يكون المنظور نشرها ووضع الطعام فيها، لأنه أحسن.

وإنما تصح من جائز التصرف .
ولو اذن الولي للطفل، صح أن يُعير مع المصلحة.

نعم قد يكون معه ما يدل على عدمه، وذلك يعرف بالقرائن .
وأما استعماله في غير الطعام الذي فيه فذلك قد يكون معلوماً من باب
الصداقة من الصحبة المتكررة، والآ فلا ينبغي الاستعمال .
وأما بعث الطعام فيه إلى الغير، بل بعثه مع الخادم والغلام إلى أهله، وكل
شخص غير عدل بل العدل أيضاً فإن علم الأذن مع القرينة على ما وجهنا فجاز
(بجاز-خ)، والآ فالظاهر هو الامتناع من ذلك كله، لأنه تصرف وتسليط على مال
الغير بغير الأذن .

نعم قد يؤخذ بجواز ذلك من العرف والمادة، خصوصاً خدام صاحب
المال، ولكن فيه تأمل، خصوصاً إذا كان طفلاً فلا ينبغي تسليطه، وتعريفه
(تعريفه-خ) بالاستقلال، إلا مع العلم، فتأمل واحتط .

قوله: وإنما تصح من جائز التصرف الخ. يعني لا يجوز ولا يصح الاعارة
إلا من جائز التصرف أو ممن يجوز له ذلك، مثل الطفل إذا حوِّز له الولي، فلو اذن
الولي للطفل أن يعير ماله مع المصلحة جاز، وإن عبارته معتبرة في الجملة، مع أن
العقد الجائر لا يشترط فيه اللفظ، فإن الفرض ما يدل على رضا المعير، فإذا فهم أذنه
في ذلك للصبي، وقال الصبي: أعرتك، لآمانع من المصلحة، إذا علم منه رضا
بذلك من قوله: أعرتك هذا، ولا بعد في ذلك .

وكذا يفهم من فعله بغير لفظ، فإنهم قد صرحوا بجواز أخذ الهدايا والتحف
من الصبي المميز .

وكذا أن قولهم مسموع وكاف في الأذن بدخول البيت بخبرهم
(لخبرهم-خ) باذن صاحب البيت، مثل أبيهم .
وفي مثل ذلك إشارة إلى أنهم غير معزولين بالكلية .

وكل ما صبح الانتفاع به مع بقائه صبح اعارته.
ويقتصر المستعير على المأذون، فيضمن الأجرة والعين لو
خالف.

فلا بعد في جواز الاعتبار باقوالهم ولفظهم بعد أن أذن الولي في العقود
اللازمة ايضاً، فتأمل (١).

ثم لا يخفى أن قوله: (مع المصلحة) يدل على أن المستعار هو مال الصبي، اذ
لو كان مال الولي فلا يحتاج إليها، كما في صورة يعبره هو بنفسه وبوكيله وغير الصبي.
والمصلحة مثل ان لم يعبره يأخذه الظالم ونحوه، فتأمل.

واعلم أن قول المصنف: (وأنما يصح الخ) لا يخلو عن تأمل، من جهة
الحضر ثم التجويز مع اعتبار المصلحة، وان كان عبارة الصبي من دون فهم الاذن
من الولي لا اعتداد به، ومعه يكون المعتمد هو كلام الصبي، فكأنه هو الدال مع
القرينة، لأنه متين، والعقد ضعيف، فيكفيه مثله.

قوله: وكلما صبح الانتفاع الخ. اشارة الى شرط المعان والمراد بالانتفاع
هو الانتفاع الشرعي وهو ظاهر، وقد مر.

قوله: ويقتصر المستعير على المأذون الخ. يعني لا يجوز للمستعير ان
يتجاوز عن المأذون له من الانتفاع بالعين المستعارة، الا ان يكون مساوياً في الضرر او
انقص، الا ان ينهي عن التجاوز عن المعين الخاص، فلا يجوز التخطي بوجه، ذكر
الاقل ضرراً (له - خ) والمساوي في التذكرة وغيرها.

وفيه تأمل، خصوصاً في المساوي، والجواز غير بعيد، مع القرينة بأن
المقصود غير متعلق بالمستعير والمعين، والقرينة المقيدة متبعة، ومع عدمها يحتمل
الجواز لعدم غرض يتعلق بالمعين غالباً، ولأن العرف يقتضي عدم المضايقة في مثل

(١) لعله اشارة الى ما تقدم منه قلنس سره في كتاب التجارة مراجع ص ١٥١-١٥٣ من ح ٨.

ذلك .

ويؤيده جواز ركوب المساوي للذابة المستأجرة واجارتها للمساوي والأدنى .
والاحتياط لعدم، لعدم جواز تسليط احد على مال الغير الا بأذنه المعلوم،
والفرض عدمه، فتأمل .

فان تجاوزاؤهم، لأنه خالف الشرع، وضمن الاجرة، ان كانت ذا اجرة،
والعين ايضاً، لأنه صار يده يده ضمان وغصب، ولا يبرأ منه الا بالتسليم او
بالاسقاط على الاحتمال الأقوى، كما مر في الوديعة فتذكر .

وان عمم فله الانتفاع به، أي انتفاع يجوز للمالك والانتفاع المتعارف
المطلوب منه عرفاً، وهادة .

واذا استعار ارضاً غير معدة للدفن، لا يجوز الدفن .

قال في التذكرة: لأن مثل هذه المنفعة لا يكتفي فيها الاطلاق، بل يجب
ذكرها بالنصوصية، فاذا كان دابة لا تحمل اكثر من طاقتها ولا تركب كذلك، ولا
يسافر بها اكثر مما تستطيع من السرعة والبطؤ المتداولين، ولا بالليل والنهار معاً، واذا
كان لحمل مثل الحمار لا يجرث، واذا كان للركوب لا يحمل، ونحو ذلك، الا مع
التصريح، واذا اطلق، فالظاهر أنه مثل العام، فإن المتبادر منه العموم، ولأن عدم
التعيين يشمر بعدم الفرق عنده بين الانتفاعات، والا لعينه، ولأن تعيين احدها
بعينه بحيث لا يجوز الا ذلك من بين الانتفاعات ترجيح بلامرجح، وصرح بذلك في
التذكرة، هذا مؤيد لما مر في تعيين المستعير، فتذكر وتأمل .

وبعض منع من ذلك، واشترط التعيين او العموم، وهو غير ظاهر .

نعم ان علم أن المراد احدهما بعينه يصير بجملاً، ولا يجوز الانتفاع اصلاً،

لعدم العمم به، وقد مر مثله في تعيين المستعار له، فتأمل وتذكر .

وقال في التذكرة: ليس له ان يوجر، ولا أن يبيع، لأنه غير داخل في مفهوم

ويصح اعارة الشاة للحطب.

العارية، والاقرب أن له ان يرهن مع التعميم، دون الاطلاق.
والظاهر أن ذلك مع التعارف، والآ فهو انتفاع خاص، لا يتبادر، فإن
الرهن لا يفهم منه الانتفاع والعارية له، الآ مع مع القرائن او التصريح أو تعميم مع
مبالغة، مافيه، حتى يفهم، فتأمل.

قوله: وتصح اعارة الشاة للحطب. كأنه لا خلاف فيها عندنا (و-خ) لأنه
لامانع منه عقلاً ونقلاً، والاصل الجواز، وتسقط المالك على مدكه، فله ان يسقط
غيره بالانتفاع بها، ولأنه بمنزلة وكالة في الانتفاع، ولأنه قد يوجد (وجد-خ) جميع
شرائط صحتها، فيوجد ضرورة، ولأنه قد يحتاج اليها، فشرعها يناسب الشريعة
السمحة والحكمة، ولعموم ادلة هذه العقود.

قال في التذكرة: يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها - الى قوله - وقد
روى عن النبي صلى الله عليه وآله : انه قال: العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين
مقضي والغريم غارم (١) المنحة هي الشاة.

ومن طريق الخاصة مارواه الحلبي في الحسن، عن الصادق عليه السلام في
الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة يسمناً شيئاً معلوماً او دراهم معلومة من كل شاة
كذا وكذا، قال: لا بأس بالدراهم، ولست أحب ان يكون بالسمن (٢).

وصحيحة عبدالله بن منان أنه سأل الصادق عليه السلام، عن رجل دفع
الى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر؟ قال:
لا بأس بالدراهم، فأمّا السمن فلا أحب ذلك إلا ان تكون حوالب فلا بأس (٣) وإذا

(١) عوالي الثاني: ج ٣ ص ٢٥٢ حديث نقله عن سند احمد بن حنبل مع اختلاف يسير.

(٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب عقد البيع الرواية ١ وفيه سند بدل مسمى ج ١٢ ص ٢٦١.

(٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب عقد البيع الرواية ٤ وفيه كما في الكافي أيضاً سألت ابا عبد الله

جاء ذلك مع العوض فبدونه أولى (١).

كلاهما حسنة في الكافي، لإبراهيم بن هاشم (٢)، وما رأيت في غيره.
ولعل مراده أنه إذا جاز جعل اللبن عوضاً لعمل الراعي وهو حفظه الغنم
ورعيه ومراعاته، فاعطاه بلا عوض يكون جائزاً بالطريق الأولى.
وبالجملة مانعاً من ذلك ألا ما قيل أن الاعارة لا بد أن تكون لاخذ
المنفعة واللبن والصوف مثلاً عين، فلا يجوز.

والظاهر أن لاختلاف في الغنم للحلب فعلم أن ليس ذلك مانعاً عقلاً،
وليس في الشرع ايضاً مانع، وهو ظاهر، ألا قول بعض الاصحاب أنه عقد فائده
التبرع بالانتضاع بالعين مع بقاء العين مطلقاً او مدة معينة ونحوه، وذلك غير صريح
في كون الانتضاع غير اخذ عين، فان الانتضاع من العين قد يكون بأخذ عين أخرى
منه من ثنائها وثمرتها، وقد يكون بمجرد الانتضاع بمنفعتها، وهو ظاهر.
فان المنفعة من بستان نخل، الثمرة وكذا الشجرة، ومن الغنم الناقة الولد
والصوف والوبر والشعر واللبن وغير ذلك، وهو ظاهر والحاصل أنه على تقدير
اشتراط الانتضاع بالنقص، لادليل على عدم اطلاق المنفعة على الاعيان الحاصلة من
الاعيان المعارة في العقل. والنقل.

نعم لا بد أن يكون منفعة لعين مع بقائها في الجملة، ولا يدل على
ذلك اجماعهم على عدم الاجارة بمثلها، لأن الشرط هو تمليك المنفعة، لا العين واللبن ونحوه
عين، لانا لا نسلم ذلك ايضاً، فانه لانقص على ذلك ايضاً، ألا أنه قد ادعى
الاجماع، ولكن في الاجماع ما فيه، ولا يحتاج الى البيان.

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

(٢) سند الأولى هكذا: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي وسند الثانية

هكذا، علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان.

والامة للخدمة للاجنبي.

وعلى تقدير التسليم لا يلزم كون ذلك في العارية ايضاً - لآته قياس - للاجماع ولا تلازم بينهما، الا ترى أنه يجوز اعارة الشاة للحلب بالاجماع، ولا يجوز اجارتها لذلك، فلا يبعد جواز امارتها للانتفاع بصوفها، وكذا اعارة غيرها من النعم للانتفاع ببعض الاعيان الحاصلة منها، كما صرح به في القواعد وغيره، فتأمل.

قوله: والامة للخدمة للاجنبي. أي يجوز اعارة الأمة للخدمة، وان كان المستعار له اجنبياً غير محرم (ها-خ) بوجه، فيقتصر على الانتفاع بخدمتها، مالم يجوز غيرها، فان اجماز النظر الى الامة - وان لم يكن يريد شرائها او نكاحها مع حصول شرائطه مثل عدم التلذذ وخوف الفتنة - فله ذلك ايضاً، وكذا الخلوة بها على الظاهر، وان قلنا بتحريم الخلوة بالأجنبية مطلقاً في الجرة، اذ لا دليل في الحرّة الا بعض الاخبار من العامة (١) والخاصة ايضاً (٢) ولكن غير صحيحة ولا صريحة، ولا عامة، وان قلنا في الامة ايضاً بتحريم الخلوة بها، فيمكن فهم تجويزها هنا من تحصيل الخدمة، فان الغالب أنه لا ينفك عنها خصوصاً اذا كان وحده في بيت، فهي تخدمه.

وكذا يمكن جواز سماع صوتها على تقدير القول بتحريم ذلك في الحرّة والامة.

على أنه لا دليل عليه، بل جواز الرؤية ايضاً، فأنه قد يفهم تجويز ذلك من عموم تجويز الخدمة ليلاً ونهاراً، فيكون مستغداً من عموم تجويز الانتفاعات ان قلنا

(١) في صحيح مسلم باب تحريم الخلوة بالأجنبية والدخول عليها، عن حابر قال قال رسول الله صلى الله عليه (وآله): ألا لا يبيت رجل عند امرأة تيب إلا ان يكون ماكما اوداعرم.

ومثله في كنز العمال ج ٥ ص ٣٢٠ ومن ٣٢٣ ايضاً الآية نقل بلفظة: عند امرأة في بيت إلا ان يكون الح. وفي المجد السادس عشر: لا تنج ولا تغلق مع الرجال في خلوة (تمت رقم ٤٥١٠٨).

(٢) الوسائل الباب ٩٩ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ١٣٣.

يجوز ذلك بمجرد تجويز المالك وادته مطلقاً، من غير اشتراط صيغة خاصة دالة على التحليل.

على أن في التحليل مطلقاً مع الصراحة ايضاً تأملاً وخلافاً. وفي تحليل بعض الامور دون بعض بالطريق الاولى، فانه قد يؤول الى تجويز رؤية أمة على وجه شرعي بمقد تحليل لأناس كثيرة، فيمكن التلذذ به، بل اللمس والتقبيل ايضاً، وتجويز مثل ذلك غير معلوم، الا أن لا يجوز والتعدد فيه، كما لم يجوزوا في اباحة الوطى، والاحتياط لا يترك.

قال في التذكرة: لا يجوز اعارة (استعارة-خ) الجواني للاستمتاع على الأشهر، لمعوم قوله تعالى: والذين هم يفرّوجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانكم (١). والبضع لا يستباح إلا باحد الاسباب الآتية، الزوجية، والملكية، والاباحة بلفظها، او بلفظ التحليل، دون العارية والتملك وشبهه (٢).

كانه خلاف في الجواز (٣)، لعله عند العامة، والا فقد ادعى الاجماع في الشرائع عندنا على عدم جواز اعارتها له، وهو ايضاً بعيد، لأنّ عندهم لا يجوز التحليل، لأنه خارج عن المحصر (٤) واصحابنا جوزوا، لرواياتهم (٥) وتكلفوا بادخاله في العقد المنقطع او الملك، فان ملك النعمة ايضاً ملك يمين، فتأمل. واما اجارتها للخدمة فالظاهر انه لا خلاف فيها عندنا مطلقاً.

(١) المؤمنون - ٥ - ٦

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

(٣) يعني يستفاد من كلام العلامة قلبي مرة: (على الأشهر) أن في جواز استمتاع الجواني بلفظ العارية،

خلاف.

(٤) يعني المحصر في الآية الشريفة.

(٥) راجع الوسائل الباب ٣١ إلى ٣٧ من أبواب نكاح البعد والاماء، ج ١٤ ص ٥٣١.

وينتفع المستعير بما جرت العادة.

ويدل عليه الرواية الصحيحة، عن محمد بن قيس (الثقة - خ) عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل اعار جارية فهلك من عنده ولم يبيعها غايله، فقضى ان لا يغرمها المعار ولا يغرم على الرجل الدابة ما لم يكرها او يبيعها غايلة (١).

وعند العامة ايضاً، قال في التذكرة: يجوز استعارتها للخدمة، سواء كان المستعير رجلاً او امرأة، وسواء كانت الجارية شابة او عجوزاً، وسواء كانت قبيحة المنظر او حسنة، لكن يشتد كراهة اعارة الشابة لمن لا يوثق به، ومنع (ومنع - خ) الشافعية خوف العتنة، ولو اعارها من المحرم، او كانت صغيرة لا تشتهي او قبيحة المنظر (كذلك - خ) او كبيرة، كذلك، فلا كراهة، وللشافعية وجهان احدهما التحريم والثاني الكراهية، ويكره استمارة احد الابوين للخدمة، لان استخدامهما مكروه، لمنافاته التعظيم لهما والتوقير، وتستحب استمارتهما للترفة (٢).

قوله: وينتفع المستعير بما جرت به العادة. قد مر تفصيله، وان مرجع ذلك في قدر الانتفاع زماناً هو العرف المعلوم، وكذا وصف الانتفاع، فلو اعار بساطاً وفرشاً اقتضى العادة فرشته (فراشه - خ) وقت الجلوس عليه ونحوه من الوجوه المعتادة. ولا يبعد حواز التدثر به ايضاً، لانه اقل ضرراً، ويعلم ذلك من تجويز الافتراش، بخلاف ان لو استعار لحاقاً للالتحاف او مطلقاً، لا يجوز افتراشه، الا ان يعار بما يدل على ذلك، ونحو ذلك.

قال في التذكرة: ان لم يكن للمعين الا منفعة واحدة، كالدرهم للزينة فهو متعين، وان تعددت فان عين نوعاً تعين، وان لم يتعين فان عقم جاز الانتفاع

(١) التهذيب باب العارية من كتاب التجارات حديث ٣ ج ٧ ص ١٨٢.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١١٠.

فإن نقص عن العين شيء (شيئاً - خ) بالاستعمال أو تلف (تلفت - خ) به من غير تفريط لم يضمن.

بجميع الوجوه، وإن اطلق، فالأقوى أنه كذلك، وقد مر تفصيله أيضاً.
قوله: **فإن نقص من العين الخ.** يعني إذا استعمل المستعير العين المعارة فنقص بالاستعمال منها شيء أو تلفت من غير تعدد عما حد له، فما ترك واجباً ولا فعل حراماً، لم يضمن المستعير ذلك النقص والتلف، إلا أن يشترط الضمان في العارية، بأن أعارها واشترط عليها ضمان نقصها وتلفها مطلقاً، وحينئذ يضمن النقص والتلف مطلقاً، سواء كان بالاستعمال أو بغيره، بأن تسرق أو تحرق من غير اختياره.

أما عدم الضمان المذكور فوجهه ظاهر، لأنه سقطه على ما يقتضي ذلك بلا عوض، فلا معنى للالتزام بالمعوض، فإن مقتضى إطلاق هذا العقد عدم الضمان، والفرض هو الإطلاق، فلو لبس التوب حتى يبلى أو ينقطع فيذهب بالكلية، وكذا الشئعة بالاشتغال، إن جاوز أعارتها فلا ضمان، وهو ظاهر.
وبدل عنه الروايات الصحيحة أيضاً، ولكن في بعضها قيد، بأنه إن كان أميناً لم يضمن.

مثل صحيحة ابن سنان له كأنه عبدالله لرواية النضر عنه، ولرواية عن أبي عبدالله عليه السلام، ولتصريحه به في الكافي، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العارية؟ قال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلك، إن (إذا - ثل) كان مأموناً (١).

لعله محمول على أنه لم يتعد ولم يفرط، فإن المتعدي والمفرط غير مأمون

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب العارية الرواية ٣ وفي الكافي عن عبدالله بن سنان والسد كما في

التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد عن النضر عن ابن سنان.

(مأمونين-خ) وتاركة مأمون (مأمونين-خ).

ووجه ضمان المفرد والمتعدى ظاهر، لأنَّ يده حينئذ يد غضب وضمان، فيكون ضامناً، لا يخلص منه إلا بالتسليم سالماً أو بالابراء أو الاسقاط، أو الاعارة الجديدة، فلو تلفت بغير الاستعمال وباتي وجه كان يكون ضامناً على ما مر في الوديعة مع ما فيه من احتمال الاختصاص اذا تلف بذلك، إلا أن (١) يكون التلف بحيث يكون وجوده وعدمه سواء في التلف، فتأمل.

وأما ان شرط فالظاهر أنه شرط جائز لا مخالفة في العقل والنقل.

وقولهم: مقتضى العارية التبرع، يريدون به مع الاطلاق، وبدون الشرط، لامطلقاً.

فهو شرط غير منافي لمقتضى العقد، ولا مانع منه، فيكون جائزاً، فيلزم الوفاء، لأن المسلمين عند شروطهم (٢).

ويدل عليه الاخبار الصحيحة ايضاً، خصوصاً في العارية، مثل ما في صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة (٣).

وفي الصحيح، عن ابن مسكان (مسان-خ) قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: لا يضمن العارية، إلا ان يكون اشترط فيها ضماناً، إلا الدنانير فانها

(١) لا ان يكون في مطبخ.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢ من ابواب الخيار الرواية ١ و ٢ و ٥ وغيرها من ابواب التصرف في كتاب التجارة والنكاح.

(٣) من الرواية هكذا: عن أبي بصير (سني الرازي) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: بعث رسول الله صلى الله عليه وآله الى صهوان بن امية فستارته سمين درهماً باطرافها (باطرافها-خ) فقال: اغصاً باعتمد الخ فقال النبي صلى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة الوسائل الباب ١ من كتاب العارية الرواية ٤.

مضمونة، وإن لم يشترط فيها ضماناً (١).

وحسنه الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وقال: إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه، إلا أن يكون قد اشترط عليه (٢).

وحسنه زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ (قال - غ) فقال: جميع ما استعرتَه فتوى (٣) فلا يلزمك تواء، إلا الذهب والفضة فإنهما يلزمان، إلا أن يشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواء، وكذلك جميع ما استعرت واشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك (٤).

واعلم أن هذه تدل على كون الذهب والفضة مضمونين مطلقاً، مسكوكين أم لا.

وكذا رواية اسحق بن عمار، عن أبي عبد الله (٥) أبي إبراهيم عليهما سلام، قال: العارية ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب وفضة فإنها مضمونان اشترطاً أو لم يشترطاً، وقال: إذا استعرت عارية بغير إذن صاحبها، فهلكت، فالمستعير ضامن (٦).

(١) الوسائل الباب ٣ من كتاب العارية الرواية ١.

(٢) أورد صدره في الوسائل في الباب ٤ من أبواب الوديعة الرواية ١ وذيله في الباب ١ من أبواب العارية

الرواية ١

(٣) اتوى مضموراً وبه هلاك المال.

(٤) الوسائل الباب ٣ من أبواب العارية الرواية ٢.

(٥) في جميع السج والتهذيب «أو لا» وفي الوسائل والفقيه أو يدل وأو.

(٦) الوسائل ليات ٣ من أبواب العارية الرواية ٤ ولورد ذيله في الباب ٤ من تلك الأبواب الرواية ١.

الآ ان يشترط المعير.

صريحة فيه، وهي صحيحة في الفقيه الى اسحق (١)، وهو لا بأس به، ولا يضر كونه فيه، وكون علي بن سندي في التهذيب (٢).

فالظاهر الحكم عام.

ولا يضر وجود الدنانير في صحيحة ابن مسكان، اذ لا منافات، لاهتمال كون (ان يكون - خ) المراد بها اعم، مع أن في صحتها تأملاً (٣) والخصر في الدنانير (٤) ويمكن حملها على الذهب مطلقاً، واستشكل في التذكرة، لما مر.

ويؤيد العلم الاصل، وعدم الضمان في العارية، وعدم صحة خبرهما.

ومنه علم أن من العارية ما لا يضمن الآ مع الشرط او التفريط، وهو غير الذهب والفضة، ومنها ما يضمن مالم يشترط عدمه، وهي الذهب والفضة، مطلقاً، وغيرهما مع التفريط، فان شرط عدم الضمان، فالظاهر أنه لا ضمان حينئذ، ويصيران هما كسائرهما، وقد مر دليله.

وفيه دليل على جواز اسقاط ضمان مالم يلزم وقد اشرنا اليه في الوديعة، فتذكر، وتأمل.

قال في التذكرة: لو شرط سقوط الضمان في العارية المضمونة، كالذهب والفضة وغيرهما مما فيه الضمان على مذهبننا، فالأولى السقوط، عملاً بالشرط، وقد سبق، وكذا لو شرط الضمان في العارية صح، فإذا اسقط (اسقطه - خ) بعد ذلك

(١) وسندها - كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه من اسحق بن عمار فقد رويته عن أبي رضي الله عنه عن عبد الله بن جعفر الحميري عن علي بن اسماعيل عن صفوان بن يحيى عن اسحق بن عمار.

(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب. عن علي بن السندي عن صفوان، عن اسحق بن عمار.

(٣) في بعض النسخ: وفي صحتها تأمل.

(٤) يعني ولا يضر الخصر في الدنانير في صحيحة ابن مسكان.

أويستعير المحرم صيداً
أو من الغاصب
أويستعير ذهباً أو فضة.

سقط (١).

وكذا مرّ دليل ضمانها (ضمانها - خ) بدون الشرط، ولعله لا خلاف عندنا في ذلك، وكذا (٢) دليل عدم الضمان فيما لا ضمان فيه الآ مع التفريط والشرط، والضمان بدونها.

قوله: أويستعير المحرم صيداً الخ. فيضمن لأنه ليس له امساكه، فيجب ارساله، وضمانه لمالكه، ولو تلف قبله يضمن الكفارة لله، والقيمة للمالك، ولو كان المالك الذي اعاره عالماً لم يبعد عدم ضمانه له، مع وجوب ارساله على المحرم المستعير، ومع جهله في وجوب ارسال الصيد حينئذ تأمل، بل ينبغي الضمان عليه لله وتسليمه للمالك، وقد مرّ البحث فيه (٣) فتذكر.

قوله: أو من الغاصب. أي اذا استعار من الغاصب العين المغصوبة ضمانها المستعير ايضاً كالغاصب.

لا شك في ذلك مع علم المستعير بالغصب، وأما مع جهله فيمكن ان يكون مثل الأمانة الشرعية بعد حصول العلم به فيعلم صاحبها او يردها اليه فيضمن بالتأخير على ما قالوه فيها.

قوله: أويستعير ذهباً الخ. لا ينبغي الاشكال والخلاف في جواز استعارة الذهب والفضة، لأنّ لها منفعة يمكن استعارتها (استفادها - خ) مع البقاء، مثل

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢١٤.

(٢) يعني مرّ.

(٣) راجع مجمع الفائدة ج ٦ ص ٤٠٤-٤٠٥ كتاب الحج.

الآ أن يشترط سقوط الضمان.
وكذا البحث لو تلفت بغير الاستعمال.
ولو فرط ضمن.

الارتهان والضرب بالطبع والتزيين نعم لو استعيرا لغير منفعة لا يصح كغيرها.
وقد مرّ في الاخبار (١) ما يدل على صحة عاريتها وأنها مضمونان مطلقا الآ
مع شرط سقوط ضمانها.

قال في القواعد: والأقرب استعارة الدراهم (٢) والذنانير، ان فرضت لها
منفعة حكيمية كالتزيين (بها-عد) والضرب على طبعها.

وجه خلاف الأقرب غير ظاهر، الآ ان يكون النزاع في كون مثل تلك
المنفعة مقصودة للمقتلاء وتجويز العارية لذلك، وهو بعيد، والروايات المعتبرة الكثيرة
صريحة (٣) في جوازها، وقد مرّت.

قوله: وكذا البحث لو تلف بغير الاستعمال. أي كذا لا يضمن المستعير،
المعارة لو تلفت عنده بغير الاستعمال والتفريط، الا ان يشترط المعير عليه الضمان
مطلقا.

قوله: ولو فرط ضمن. أي لو قصر المستعير في حق المعارة - إما بفعل
مالا يجوز له مثل التحاوز عن المأذون له من الانتفاع، او بترك ما يجب عليه من
الحفظ، من السرقة والحرق والبرد وغيره ضمن دائما، سواء تلف بالاستعمال
او بسبب ذلك التقصير ام لا، بل بأفة سماوية، لأنه بالتقصير صار يده يد ضمان
وغصب، فإن المالك حينئذ لا يرضى بذلك، فصار حكمه حكم الغصب، وقد مرّ

(١) راجع الوسائل الباب ٣ من كتاب المعارة ج ١٣ ص ٢٣٩.

(٢) في القواعد: والأقرب جواز معارة الدراهم كتاب المعارة.

(٣) راجع الباب ٢ و ٣ من أبواب المعارة.

ولو استعار المحلّ صيداً من المحرم جاز، لزوال ملكه عنه.

مثله مراراً في النصب (في الوديعة - خ).

ونقل لاجماع في التذكرة على ذلك في الوديعة، مع التأمل، فانه لم يجزم في لتقصير بالضمان مثل ترك العلف بمدة لا يموت في مثلها، ولا بالضمان لو خالف المالك في احرز الذي عينه وتلف بغير ذلك، صرح بهما في التذكرة، وقد نقلناهما في بحث الوديعة (١)، فتأمل وتذكر.

نعم لو كان ذلك بمثل وضع اليد على غير وجه شرعي لا يبعد الضمان، إلا أن عدم رضا المالك بوضع اليد بعد ذلك على الوجه اللائق غير طاهر، ولكن رضه ايضاً غير طاهر، لأنه ارتفع بوضع اليد (٢) الى الخير المحوّر والمرضي، فيكفي ذلك للضمان بل يحكم بعدمه بحكم الاستصحاب فتأمل.

قوله: ولو استعار المحلّ صيداً النخ. أي لو استعار المحلّ صيداً كان ملكاً للمحرم، من يده او من يد وكيله، ان كان حاضراً او غائباً ايضاً، ان قلنا بخروج الصيد الغائب عن ملك المير الذي كان محلاً، وان كان ماذن مالكه، لا ان يكون عدماً ما حرامه، فيمكن كون حكمه حكم ملكه - حازت الاستعارة (٣).
ذكر الضمير (٤) لرجوعه الى المصدر.

لزوال ملكية المحرم عن الصيد، فلا يضرّ الاخذ من يده.
والظاهر أن في العسارة مسامحة، اذ لم يصر حينئذ استعارة، لأن في الاستعارة لابد ان تكون ملكاً للمعير، ويجوز تسليم المالك المستعير اياه، وقد عمل

(١) راجع ص ٢٨١-٢٨٤ من هذا الجزء.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: لانه ارتفع بوضع اليد بعد، وانه على وجه اللائق الى الخير المحوّر والمرضي، فيكفي له.

(٣) جواب لقوله: لو استعار.

(٤) يعني في صوره جاز.

ولو رجع على المستعير من الغاصب جاهلاً، رجع باجرة المنفعة

(عنه - خ) بخروجه عن ملكه قبل الاعارة (١).

فلعل مراده أنه يجوز الأخذ للمحل من يده، فيصير ملكاً له يفعل به ما يريد. ويمكن أنه لا يجوز للمحرم تسليمه والرضا باخذه، لأنه يجب عليه ارساله بحيث لا يقع بيد أحد يقبضه، فهو ضامن للقيمة كفارة حينئذ إن اعطاه باختيار منه، بل في جواز اخذه للمحل ايضاً تأمل، اذ صار بحيث لا يجوز امساكه، فكأنه صار مثل صيد المحرم، ولأنه اعانة على الاثم.

هذا اذا كان باختياره (و - خ) على ان فيه تأملاً، وقد مر مثله، فتأمل.

نعم لو خرج من يده، ولم يكن في المحرم، يجوز له اخذه، ولا شيء عليه، ففي هذه العبارة مساهلة لفظاً ومعنى، وهي موجودة في الكتب.

ويمكن ان يكون المراد، اذا استعار المحل صيداً كان للمحرم، فيكون (من محرم) صفة لصيد او حالاً، لأصيلة الاستعارة، فيمكن ان يكون في غير المحرم، ويكون كونه له باعتبار ما كان، او كان جاهلاً، او كان غائباً عنه، او محبوساً في ملكه (٢) او غيره او في يد وكيله، ولم يعلم الوكيل، فقال المحل، أعزني، يعني اعطني انتفع به فاحذه وسماها استعارة او عارية، للاشتراك في الفائدة وكأنه لذلك قال: (جاء) وما فعل المحرم حراماً، اذ ما اعار صيداً او ما فعل هو ايضاً حراماً، لعدم الاعانة على الاثم، فصح الحكم، وبقي المناقشة في اللفظ فقط، وهو هين، إلا أنه يبقى الدليل الاول الذي اشرنا اليه، فتأمل في جواز اخذ المحل له في صورة كونه محبوساً او في يد الوكيل، فتأمل.

قوله: ولو رجع على المستعير من الغاصب الخ. اي اذا استعار شخص

(١) يعني المصنف في قوله: لو زال ملكه عنه.

(٢) في النسخة المطبوعة: لو كان غائباً عنه محبوساً في ملكه.

او بالعين الثالفة على الغاصب، لاعالماً (أو-خ) ومفترطاً.

من الغاصب، العين المصوبة، فقد مر أنه ضامن، وكذا الغاصب، فللمالك الرجوع على أيهما شاء، فان رجع على المستعير- على تقدير تلفها بها او بنقصها على تقديره وباجرة المنفعة التي انتفع بها المستعير او التي فانت ولم ينتفع بها- رجع المستعير على الغاصب بالجميع، ان كان المستعير جاهلاً غير مفترط ومقصر، وان كان عالماً او مفترطاً فلا يرجع، ويستمر الضمان عليه.

دليله ان تعدد اليد (الايدي-خ) على النصب موجب للضمان عيناً ومنفعة، ولو كانت اجرة المدة التي كانت مصوبة، واستقرار الضمان على من تلف في يده عالماً بالغصب عندهم.

ينبغي ان يكون المراد النقص واحرة المنفعة في مدة كانت العين في يد المستعير وحصولاً حينئذ لا غير.

والظاهر أنه يرجع المستعير على الغاصب بما اخذ منه، ولو كان في مقابلة النفع الذي انتفع به ايضاً، مثل عوض اللبن الذي شربه، ان جاز العارية له (١) اجرة ركوب (٢)، ولكن يرذ ما بقي من عين اللبن والصوف، وكذا ثمنها بعد اجازة المبيع (البيع-خ) الفضولي، لانه غرة، ولانه لو لم يقل له انه عارية لم يشرب اللبن، ولا يركب المركوب، ونحو ذلك.

ويضاً الظاهر أنه لم يكن (٣) للمالك الرجوع على المستعير اذا علم وبادر الى الاعلام، فتلف او نقص مع الجهل وعدم التفريط، ويرجع المالك على الغاصب فقط.

واذا علم وقصر او فرط في الاعلام فهو ضامن، فللمالك الرجوع عليه، فلا

(١) في بعض النسخ، وان جاز العارية.

(٢) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب: واجرة ركوبها.

(٣) وفي النسخين المخطوطين، الظاهر انه لو لم يكن الخ، والصواب ما اقتناه.

ولورجع على الغاصب، رجع على المستعير العالم.

يرجع هو على الغاصب، فلا ينبغي الرجوع حينئذ للمالك على الغاصب، لان في الاول ماقتصر اصلاً، فالأخذ منه ظلم ظاهراً (١)، ألا ان يكون نصاً او اجماعاً (٢)، والظاهر (في الاعلام- خ) عدمها ولذا قال في شرح الشرائع - بعد الحكم المذكور - والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب.

والمراد تلفه او نقصه عنده مع جهله ايضاً وحينئذ معلوم ان الكلام في عارية غير مضمونة كما هو الاغلب، وألا يرجع الغاصب عليه جزماً.

وفي الصورة الثانية غاصب عندهم وضامن.

والظاهر ان مرادهم مع بقاء الجهل الى حين النقص او التلف، وهو ظاهر.

والظاهر أنه اشار بقوله (مفترطاً) الى ما اشرنا اليه من أنه ان كان جاهلاً غير مفترط لم يرجع، لاجهلاً مطلقاً، مفترطاً كان ام لا، اذ قد عرفت ان المستعير المفترط ضامن، فلا يرجع على أحد، فلابد لعدم الرجوع من انتفاء سبب الضمان عنه بالكليّة، وفي الضمان والرجوع يكفي احد الاسباب من العلم او الافراط فتأمل.

ولو اغرم الغاصب فقتضى قاعدتهم المشهورة من ان ترتب الايدي على الغصب موجب للضمان، ويستقر الضمان على من تلف في يده، أنه يرجع الغاصب الى المستعير.

فتأمل فيه، فإنه يتخيل لولا الاجماع عدم رجوعه، لأنه غاصب عالم استحق الأخذ منه، والاصل بنفي الرجوع للغاصب الاول الذي غصب وصرف آخر، ألا ان

(١) في بعض النسخ المخلوطة، ظلم ظاهر.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، نص كواجماع.

ولو اذن في الزرع او الغرس، جاز له الرجوع بالارش.

يتلف بتقصير من في يده، فيمكن الرجوع، فتأمل.

قوله: ولو اذن في الزرع الخ. قد علم ان العارية جائزة دائماً الا ماستثنى، فلو اذن للزرع او الغرس مثلاً فزرع او غرس، يجوز لمالك الارض حينئذ الرجوع عنها، ولكن اذا رجع يلزم الاضرار على المستعين فانه يتلف عليه مازرع، وهو ضرر منى عقلاً وشرعاً كتاباً وسنة (١) واجماعاً، فقال (٢): يجوز الرجوع والتسع مع الارش. الظاهر ان المراد بالارش هو تفاوت ما بين كون الزرع مقلوعاً وبين ما يدركه.

هذا ان فرض للمقلوع قيمة، والا فيحتمل جميع قيمة ما اذا ادرك، وفي الغرس تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وباقياً متنعماً به الى مدة العارية، ان عين لها مدة منقطعاً، او مدة بقائها ان كان ذلك.

ويحتمل عدم الارش ايضاً، لانه كان يعرف ان هذا عقد جائز، فكأنه ارتكب الضرر لنفسه عالماً، فلا ضمان على احد. والاول هو المسطور في الكتب، فكأنه مما لا خلاف فيه، وله وجه ايضاً، وهو الجمع بين الحقين مهما امكن.

وعلى تقدير الارش ليس للمالك تكليفه بالقلع حتى يسلم الارش كما هو مقتضى كلام التذكرة والشرائع، اذ قد يقلع، ولم يعطه شيئاً، فيتضرر بخلاف ان اخذ ولم يقلع، فانه وان كان ضرراً ايضاً، ولكن يجعل الامر الى الحاكم، فيحره ان

(١) انما الكتاب فيمكن ان يكون لشارة الى قوله تعالى: ولا يضار كاتب ولا شهيد (البقرة ٢٨٢) وراجع

ايضاً (٢٣٤) والطلاق ٧ والنساء ١٢ وغيرها من الآيات.

ولما السنة فهي لاضرر ولا ضرر وراجع الوسائل الباب ١٢ من ابواب احياء الاموات الرواية ٣ و ٤ ج ١٧

ص ٣٤١.

(٢) يعني المصنف في المتن في قوله: جاز.

وليس له قلع الميت بعد الاذن في الدفن.

امكن، والآ يقلعه بنفسه وعدم التمكن منه لكونه ظالماً (عالمياً-خ) قادراً على المنع ليس من جهة تقديم الأرض.

والظاهر ان ليس عليه (حينئذ-خ) تسوية الارض وطم الحفر، بخلاف ما كان متعدياً، بان غرس مع حصر الاذن في الزرع، فانه لا ارض له وعليه طم الحفر والتسوية كالفاصل.

وقال في التذكرة: اذا اعباه للرهن فرهنه كان للمالك مطالبة المستعير يفك الرهن في الحال، سواء كان بدين حال او مؤجل، فان (لان-خ) العارية عقد جائز من الطرفين، فللمالك الرجوع فيها متى شاء، واذا حبل الدين او كان حالاً، فلم يفكه الراهن، جاز بيعه في الدين، لان ذلك مقتضى الرهن. كانه يريد مع تعيين الوكيل او الحاكم مع عدمه.

ثم انه ظهر (بظهر-خ) انه ان له البيع مع كونه جائزاً، ومع عدم رضا المالك، وانه ليس للمالك فك رهنه، بل له مطالبة الراهن الذي هو المستعير. وفيه بعد اذا لم يشتر حينئذ الجواز، فلعل مراده انه يجوز له ايضاً ذلك، فتأمل، وقد قيل: ادعى الاجماع في جواز العارية للرهن.

قوله: وليس له قلع الميت الخ. من صور الاستثناء عدم جواز الرجوع عن الاذن والاعارة للدفن، بمعنى عدم ترتب اثر عليه فلا يجوز له قلع الميت بعد الدفن. قال في التذكرة: لو رجع قبل ان يعلم المستعير، فالأقرب انه كذلك لاعوض له، ولو رجع وعليه المستعير برجوعه ثم استعمل فهو غاصب ماعليه الاجرة، الا اذا اعار لدفن ميت مسلم، ثم رجع بعد الدفن، لم يصح رجوعه ولا قلع الميت ولا نبش القبر الا ان يهدس الميت لما فيه من هتك حرمة الميت، ولا نعلم فيه خلافاً.

فما لو رجع قبل الحفر او بعده، قبل وضع الميت، فانه يصح رجوعه، ويحرم

دفنه، ولو رجع بعد وضع الميت في القبر، وقبل أن يواريه بالتراب، فالأقرب أن له الرجوع أيضاً، ومؤنة الحفر - إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن - لارمة لولي الميت، ولا يلزم ولي الميت الطم، لأن الحفر مأذون.

دليل جواز الرجوع في جميع ما تقدم أنه عقد جائز، فيجوز الرجوع عنه، إلا ما ثبت بالدليل عدمه، وهو موجود فيما بعد الدفن، وهو الإجماع وتحريم النيش، وبقي الباقي تحته، وغير معلوم صدق النيش بعد الوضع وقبل الطم، فإنه ليس بنيش القبر ظاهراً لغة ولا عرفاً عاماً.

ألا إن يدعي عرفاً شرعياً، ويقال أنه مستلزم لهتك حرمة الميت المسلم، ولهذا لا يجوزون اخراج الميت بعد الوضع بغسل نجاسة كفته، بل يقصون أن لم يكن الغسل فيه؛ وكذا لا يجوزون نقله (لا يجوز - خ) إلى قبر آخر، بل إلى المشاهد أيضاً على الظاهر فيها.

وان كان دليل على تحريم نقله بعد الدفن يشعر بجوازه بعد النيش وقبل الطم، حيث قال: لأن النقل مستلزم للنيش (١).
لكن هذا الدليل فيه ما فيه كما ترى.

وأما لزوم مؤنة الحفر على ولي الميت من مال نفسه، كما هو الظاهر لامن مال الميت، فلأنه تعرض للحفر في موضع يجوز لصاحبه الرجوع، فيذهب المؤنة، ويحتاج إلى أخرى، فكانه فعل المؤنة في معرض التلف، خصوصاً إذا أمكن الدفن في

(١) الظاهر أن مراده الشيخ علي محقق الزكري، ومبارة جامع المقاصد - (في كتاب العارية) - هكذا: لو

رجع في الاعارة للتفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جائز، لأنه لا يستلزم النيش المحرم الخ.

وقد في كتاب الطهارة - (في أحكام الثفن) - عند قول المصنف رحمه: ويحرم ديش القبر ما هذا، لفظه:

تحريم النيش في الجملة اجماعاً، واستثنى موضع - إلى أن قال: ولو استمر للتفن جاز الرجوع قبل الطم لا بعده، لأن البشر محرم، انتهى موضع الحاجة من كلامه وأما العبارة للمثولة في الثفن فلم تنزع عليها.

ولا قلع الخشبة اذا كان طرفها الآخر في ملكه.

غير ارض الاعارة، ومع العلم بحقيقتها.

ويحتمل على المالك، لآته أذن للموضع، ثم منع، فهو مثل ارش الرجوع، وليس على الولي طم الحفر، لآته ماذون فيه.

ثم قال: اذا نبت شجرة في القبر يجوز لمالك الارض سقيها، ألا ان يقضي السقي الى ظهور شيء من الميت، فيحرم، لآته نبش في الحقيقة.

وقال ايضاً: ان الدفن من جملة منافع الارض، ولكن اذا اعار الارض للانتفاع لا يدخل الدفن فيها، ألا بالنصوصية، لأن مثل هذه المنفعة لا يكفي فيها اطلاق العارية، بل يجب ذكرها بالنصوصية، بخلاف سائر المنافع.

وقال ايضاً: اذا اعار الارض للمزرع او الغرس له الدخول في الارض والاستغلال فبطل بنائه وكلها لا يضر بمنفعة المستعير.

قوله: ولا قلع الخشبة الخ. يعني اذا استعار حائطاً لموضع الخشبة فهو جائز، ولم يجوز للمعير ايضاً هنا الفسخ كما في صورة القبر فهو من المستثنى ايضاً، اذا كان طرفها الآخر على حائط المستعير بحيث لو ازيل الخشب (لوازيله الخشبة - خ) لحرب الحائط (حائطه - خ)، للزوم الضرر، وقد جوزه المعير فيكون هو سبباً للضرر والفساد، وهو منهي.

ويمكن جوازه مع الأرض، كما في الغرس ومشابهته به اكثر من القبر، فتأمل.

وقال في التذكرة: لا يجوز للمعير الرجوع في العارية اذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، فلو اعار لوحاً يرقع به السفينة ثم لحق في البحر، لم يجوز للمعير هنا الرجوع.

ويحتمل ان له الرجوع، ويثبت له المثل او القيمة مع تعذره للجمع بين الحقيقتين.

ولو انقلعت الشجرة، لم يكن له زرع أخرى، إلا بالأذن (باذن المالك - خ).

ولو اعاره حائطاً لوضع خشبة عليه، جاز له الرجوع قبله مجاًماً اجماعاً، وبعد مع الارش ما لم يكن اطراف الخشب الآخر في ملك المستعير ويؤدي الى خراب ما بناه المستعير، ففيه خلاف.

ولو قال المير انا ادفع اليه ارش ما نقص بالقلع لم يجب على المستعير اجابته ان منعنا الرجوع هنا الخ.

قوله: ولو انقلعت الشجرة الخ، أي اذا اعار أرضاً لغرس شجرة او حائطاً ان يحط على حائطه فانقلعت، ليس للمستعير غرس الشجرة ووضع أخرى مكانه إلا باذن جديد لغرس الشجرة، فليس له غرس أخرى.

وفيه تأمل اذا علم جواز الغرس والوضع على الحائط فانقلعه ليس يبطل للأذن، إلا ان يكون الأذن مخصوصاً بزمان، ونخرج ذلك الزمان او مخصوص بشجرة معينة، واراد ان يحط أخرى بدلها لاهي، فلو اراد ان يحط ذلك (تلك - خ) يعينها لأمانع منه، بل في عدم جواز أخرى أيضاً تحت بناء، ما على ما ذهب اليه المصنف من جواز التعدي في العارية الى المساوي، واقل ضرراً، فينبغي ان (١) تقيد الاولى بالمعينة والاخرى بـ (اضر) او بغيرها من المخصصات بحيث يهين الأذن مقصوراً عليه اما صريحاً بان ينهي صريحاً عن الغير او بقرينة واضحة.

قال في التذكرة: ولو اعار للغرس ثم ماتت الشجرة او انقلعت لم يكن له غرس أخرى غيرها إلا باذن جديد وكذا في البناء لو اذن فيه فبنى ثم انهدم، او اذن له في وضع جذع على حائطه فانكسر، وهو اخذ وجهي الشافعية لأن الأذن اختص بالاولى والثاني ان له ذلك لأن الأذن قائم ما لم يرجع فيه فعلم رده للثاني يشعر

(١) في بعض النسخ، ان لا تقيد الأولى، والصلوات ما ثبتناه.

وليس للمستعير الاعارة ولا الاجارة الا بالاذن.

ولو تلفت بتفريط بعد نقص القيمة بالاستعمال ضمن الناقص
لا النقص.

بجوازه ايضاً، كما اشرنا اليه، فتأمل.

قوله: وليس للمستعير الاعارة الخ. قد مر تفصيله، ومعلوم عدم جواز التعدي، فان استعار لنفسه بان يكون هو المستعير فقط كيف (فكيف يخ) له أن يعيره او يؤجره الخ وهو ظاهر، الا مع انضمام امر آخر به مثل العلم بجواز ذلك من غير نفس الاعارة له، وحينئذ يكون وكيلاً للمالك في الاعارة لامعيراً له، لأنه لا بد من ان يكون المعير مالكاً للمنفعة المعارة لئلا بالذات او بالتبع.

نعم يجوز له الاستيفاء بنفسه وبوكيله ان لم يشترط ولم يقيد بالاستيفاء بنفسه وتكون المنفعة عائدة اليه، كما مر.

وأما الأهل والدواب والضيوف فحكم نفسه ان كان المحل قابلاً لهم فالاعارة له اعارة لهم ايضاً، بمعنى جواز الانتفاع لهم باعارته للأول فكأنه المنفع بها، وهو ايضاً ظاهر.

قوله: ولو تلفت بتفريط الخ. يعني لو استعمل المستعير العين المعارة فنقصت بسبب الاستعمال المجوز بالعارية ثم فرط اي فعل مالا يجوز له وكان سبباً لضمان فتلف ضمن من حين التفريط العين الناقصة لذلك النقص الذي حصل بالانتفاع المجوز مطلقاً، سواء تلف بسبب ذلك التفريط ام لا بل بأفة.

وطاهاها أنه حينئذ يضمن اجرتها التي تحصل بسبب الاستعمال بعد التفريط، فإنها خرجت عن الامانة والعارية، ودخلت في حكم الغصب والضمان. ويمكن عدله اذا ما علم عدم جواز الاستعمال الذي جوزه، الا أنه لما فرط دخل في ضمانه إما مطلقاً او بذلك الوجه الذي هو التفريط، بمعنى أنه لو تلف بذلك الوجه يكون مضموناً لا غير، كما مر.

ويضمن بالجحود.

ويقبل قوله في القيمة، والتلف، وعدم التفريط، لا الرد.

اعلم أنه قد كثر في الوديعة والعارية ونحوهما من الأمانات أن المفرط والمتعدي باتى وجه، ضامن مطلقاً، وإن علم عدم مدخلية التفريط في التلف، لأنه حينئذ يده يد ضمان وغصب.

وفيه تأمل، إذا لادلل عليه شرعاً كتاباً وسنة واجماعاً، لما نقلناه عن التذكرة في الوديعة مع نقل الاجماع، وما فيه، وأنه ليس بتام ما ذكر خصوصاً في ترك الحفظ بمثل ترك العلف، لأن الاذن السابق موجود، فتأمل.

قوله: ويضمن بالجحود. قد مر مثله في الوديعة.

قوله: ويقبل قوله الخ. دليله غير واضح، كأنه قيس بالوديعة، وهو قياس مع الفارق، فإن هناك ضرورة، لئلا يلزم سد باب قبول الوديعة، وهو غير مناسب للمحكمة المطلوبة، ألا ان بعض الاخبار (١) يدل على أنه أمين غير ضامن، وأنه لاضمان عليه ألا مع الشرط.

وقال في التذكرة: أنه مؤتمن، وربما تعذرث البيئة.

وليس في ذلك حجة قاطعة (٢)، فإن كان اجماع او نص، وألا فالقواعد تقتضي كون القول قول المالك، كما في الرد، لأنه مدع والمالك منكر، والفرق بين الرد والتلف مشكل، وإن كان احتمال التلف في موضع لا يمكن الاشهاد فرقاً، غير بعيد، فإذا ادعى التلف في مثل هذه الصورة يقبل، دون ما يمكن، فتأمل.

نعم القول قوله في قيمة العين المتلفة، لأنه غارم، والاصل عدم الزيادة. هذا إذا لم يكن شاهداً على تعيين القيمة حين التلف، ولو كانت الشهود

(١) راجع الوسائل الباب ١ من كتاب العارية ج ١٣ ص ٢٢٦.

(٢) في النسخة المطبوعة: وليس ذلك بحجة قاطعة.

ولو ادعى المالك الأجرة حلف، على عدم الاعارة، وله الأقل من المدعى و (أو-خ) اجرة المثل.

على ذلك قبل القوت بحيث يجزم عرفاً أنه لا يتغير، فلا يسمع ايضاً قوله، واما مع احتمال التغير وعدم الشهود، فالقول قوله مع اليمين فيه وفي عدم التفريط ايضاً، فتأقل.

قوله: ولو ادعى المالك الاجرة، الخ. يعني لو ادعى مالك داراً على متشبه بها مدة يستحق بها اجرة كونها عنده بعقد اجارة مدة معينة بمبلغ معين، وانكر المتشبه ذلك، وقال: بل هي بالعارية، له احلاف المالك على عدم العارية، فانتفت، والغرض أنه قد انتفع بها مدة يستحق فيها اجرة، والاصل عصمة مال الناس وعدم خروجه عن يده الا بعوض، وقد انتفى السبب الذي لا يلزمه الأجرة، ويدعيه المتصرف، فيثبت له طوض.

فان كان المتدعي أقل من اجرة المثل فلا كلام، فإنه باقراره لا يستحق أكثر من ذلك، وان كان أكثر فلما لم يثبت المتدعي - ولا بد له من عوض وليس الا اجرة المثل - قال المحقق الثاني الشيخ علي والشهيد الثاني رحمهما الله تعالى إنه يجب التحالف هنا، فإنه دعويان، ومجرد نفى العارية لا يستلزم نفى الاجارة ايضاً حتى يثبت (١) المتدعي، بل أقل الامرين، فيجب احلاف المتصرف على نفى المتدعي، فإن حلف يلزم أقل الامرين لما تقدم.

وكأنه مأخوذ من التذكرة، حيث قال: اذا حلف على نفى الاعارة، فالأقوى عندي أن المستعير يحلف على نفى الاجارة، فاذا حلف ثبت للمالك أقل الأمرين من اجرة المثل والمستوى الخ.

ويمكن ان يقال: هذا متجه خصوصاً اذا كان المتدعي، عيناً من الأعيان

(١) في بعض النسخ: حتى لا يثبت، ولعل الصواب ما أثبتناه.

المشخصة، وإن يقال العذر للمصنف بأن مراده (١) على تقدير أن يقنع المالك بذلك، ولم يدع ويرتكب شيئاً آخر، وإن كان ذلك أقل ما يحصل له في هذه الصورة، وأما إذا لم يقنع بذلك وطلب المدعى فله أحلافه، وهو ظاهر، وما ذكر ذلك لظهوره، ولأنه لو لم يترك، ويدعى الأجرة المعينة فينكره الخصم، فيحتاج إلى أحلاف، ومعه لا يبق له شيء أصلاً، كما سنبيته.

وبالجملّة إن أراد أن يأخذ شيئاً لا يمكن ذلك إلا بترك الدّعى ثانياً، وتركه الأحلاف، فإنه لا شيء معه.

ويؤيد ما اختاره المصنف صحيحة اسحق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت، فقال الرجل كانت عندي وديعة، وقال الآخر إنما كانت لي عليك قرضاً؟ فقال: المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة (٢).

والذي يختلج في خاطر، كما اشرنا إليه فيما تقدم إن يقال: ليس ما في المتن جيد (جيداً - خ) ولا ما ذكره في الحاشية والشرح.

أما المتن فلما ذكرناه (٣)، ولأنه إنما يدعى عليه الأجرة المعينة، فعلى تقدير حلفه انتفت العارية، فلا تثبت الأجرة، أما أجرة المثل فلا قراره وأما المعينة فلعدم ثبوتها، والأصل براءة الذمة وعدم استحقاق شيء في ذمة المتصرف ونفي العارية لا يستلزم الإحرة وقد لانسلم أن الأصل حصول أجرة وعرض لصاحب المال.

وأما ما ذكرناه فلأنه إذا أحلف المالك النكر على نفي الإجارة فقد اسقط حقه الذي كان له في الدنيا مطالبته باليمين، كما ثبت في محله، أن اليمين مسقطه

(١) يعني مراد المصنف قلنس سرّه.

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب الوديعة للرواية ١.

(٣) يعني ما ذكره الصّحاح الثاني الشيخ علي، والشّاهد الثاني قدّهما من التحالف.

بالتص والاجماع، وقد اعترف ان ليس له حق آخر غيرها، ولا معنى لدعوى المستعير عليه الاعارة وتحليفه، فلا معنى للتحالف واخذ الأقل من المدعى والأجرة، خصوصاً اذا ادعى ان الأجرة عين معينة (١).

ولأن المدعى هنا في الحقيقة هو المالك، فاذا ادعى ولم يقدر على اثباتها، وحلف خصمه فما بقي للمتصرف دعوى عليه، فإنه ما يدعى عليه شيئاً مسقطاً لشيء نافعاً له، فإنه اذا حلف سقط دعواه عنه، وليس للمالك دعوى أخرى باقراره.

فالذي هو الظاهر أنه (ان-خ) يقدم الحاكم دعوى المالك، فإنه المدعى لا غير، فان اثبت ما ادعاه بالبيّنة فهو، والآ فيقول: لك الاحلاف، فان اختار ذلك، وحلف المتصرف سقط عنه الحق الذي يدعيه، ولاحق له غيره باقراره، وانقطع اندعوى، فان قوله، بل أعرتني، ليس دعوى مطلوبة له ايضاً، بل جواب الخصم، فلا يحتاج الى اثباتها بعد دفع الخصم باليمين، فليس هذا محل التحالف ولا محل تقديم دعواه واثبات أقل الأمرين، كما قالوه، بل لاشيء له بحسب الظاهر في الدنيا، فتأمل.

وبالجملة إما تقديم دعوى المالك الأجرة والاحلاف، وحينئذ لاشيء له اصلاً لما تقدم، وإما ترك تلك الدعوى ودعوى الأجرة، بعد أن أقر أنه استوفى المنفعة، لكنه بلا عوض، لكونها عارية يتوجه اليه الحلف، فلما حلف المالك سقط دعوى العارية فلا بد لمنفعته من عوض، ولما لم يثبت الاحارة لم تثبت المعينة فباقراره، الزائد عن الأجرة المعينة ساقطة (٢) ان ادعاه، فيأخذ الأقل، ولو كانت الأجرة معينة تكون عوضاً ومقاصة، فما ذكره المصنف متجه ويحتمل ما ذكرناه.

ولا وجه للتحالف الا ان تكون العارية لازمة او يدعي امراً آخر مثل

(١) في بعض النسخ: غير معينة، والشواهد ما اتبناه.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب ساقط.

ولو اختلفا عقيب العقد حلف المستعير، ولا شيء.

السكنى مدة طويلة وماضت وحينئذ يتوجه التحالف والدعوى بعد التصرف المدة المذكورة، مثل ما إذا كان يملك الدعوى قبل مضي مدة يستحق بها اجرة، حلف المستعير، ويرد العين الى صاحبه، ولا شيء عليه، كما ذكره المصنف، بقوله: (ولو اختلفا الخ) فلا فرق بين الصورتين، الله يعلم.

ثم بعد ان كتبت رأيت في التذكرة، قال: مسألة اذا اختلف المالك والمستعير، فقال المالك: آجرتك هذه العين مدة كذا بكذا، وقال المستعير: بن اعرتنيها، والعين باقية بعد انقضاء المدة باسمها او ممّا له اجرة في العارة، قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: القول قول المستعير، وبه قال ابو حنيفة، لأنها اتفقا على أنّ تلف المانع كان على ملك المستعير، لأنّ المالك يزعم أنه ملكها بالاجارة، والمستعير يزعم أنه ملكها بالعارية، لأنّ المستعير يملك بذلك، وقد ادعى عليه عوض ما تلف على ملكه، والاصل عدم وجوبه فكان القول قوله: ولان الاصل براءة الذمة، والمالك يدعي شغلها فيحتاج الى البيّنة الخ (١).

هذا هو الذي ذكرناه.

ولكن في قوله: (انّ المستعير يملك المنفعة) تأمل، فانه يجوز له التصرف، فانه (فهو-خ) اباحة له لا أنه ملك له، ولهذا قيل في تعريضها: ثمرته تسويغ التصرف لا التملك، فتأمل.

ورأيت جعل ذلك ايضاً احتمالاً أولاً في القواعد: قال: لا تنفاقها على اباحة المنفعة، والاصل براءة الذمة من الاجرة، ثم ذكر ما في المتن، فالظاهر انّ اختياره، ذلك في القواعد وفيه اشارة الى ما قلناه على كلام الشيخ وابي حنيفة من ملكية المستودع المنفعة، فعمل ذلك مذهب ابي حنيفة، فتأمل.

«المقصد التاسع في اللقطة» (وفيه مطلبان)

(الاول) المحلّ الملقوط، اما انسان، او حيوان، او مال،
وشرط الاول، الصغر، فلا يصح التقاط البالغ العاقل،

«المقصد التاسع في اللقطة»

قوله: الاول المحلّ الملقوط الخ. قال في التذكرة: اللقطة بفتح القاف،
المال الفسائح، والمال الملقوط، نقله عن الحليل بن احمد والفراء وابن الاعرابي
والأصمعي، ثم قسمها الى اقسام ثلاثة، قال: لقطة الحيوان ولقطة الانسان ولقطة
سائر الاموال، كما هنا، الا أنه قدّم الحيوان على الانسان عكس المتن.

قوله: وشرط الاول الصغر الخ. أي المحلّ الاول للقطة، وهو الذي
يتعلق به الالتقاط والأخذ هو الانسان، وشرط اخذه - ليصير لقيطاً شرعياً - هو
الصغر.

لا يخفى أنّ للقيط اركاناً ثلاثة، الالتقاط، واللقيط، والملتقط، أما الاول أي
الالتقاط فهو الأخذ والتصرف في اللقيط والحفظ.

قال في التذكرة: وهو واجب على الكفاية لاشتماله على صيانة النفس عن
الهلاك، وفي تركه اتلاف النفس المحترمة. الى قوله: - وليس اخذ اللقيط واجباً على
الاعيان بالاجماع - الى قوله: - بل هو من فروض الكفايات.

ثم قال: ويستحب الاشهاد على اخذه، لأنه اهون وأحفظ، لأنه يحتاج الى حفظ الحرية والنسب (١).

وانت تعلم ان المحقق في الشرائع على استحبابه، ونقل عن اللمعة مع خوف التلف والضرر أنه واجب، والآ مستحب.

ولو وجد هذا التفصيل، فهو جيد، ولكن لي في الوجود تأمل، اذ الطفل في محل التلف مع هدم الكفيل.

وأما الثاني أي اللقيط، فقال في التذكرة: هو كل صبي ضائع لا كافل له، ويسمى منبوذاً باعتبار أنه ينبذ ويرمى.

وقال في موضع آخر: فيخرج بقيد الصبي البالغ، فإنه مستغن عن الحضانة والتعهد، فلا معنى للالتقاط.

نعم لو وقع في معرض الهلاك لعين ليتخلص، أما الصبي الذي بلغ سن التمييز، فالأقرب جواز التقاطه لحاجته الى التعهد والتربية، وهو أحد قولي الشافعية والثاني أنه لا يلتقط، لأنه مستقل ممتنع كضالة الأبل، ولا يتولى أمره الا الحاكم (٢).

فكأنه (وكأنه - خ) يريد بالصبي غير البالغ سواء كان مميزاً او مرهقاً ام لا.

ولا يبعد ان يقال: الاصل عدم وجوب الالتقاط فيقتصر على محل الوفاق، فان لم يكن مميزاً فهو محل الوفاق، وان كان مميزاً في الجملة - ولكن مع ذلك

ما وصل تمييزه الى حفظ نفسه عن الهلاك بان يقع في ماء او بر أو نار، او يقع (وقع - خ) من سطح، ونحو ذلك مثل وقوعه بين يدي الحيوانات وخروجه من البلد الى محل الهلاك ومثلها - فالظاهر أنه مثل غير المميز، بل كاد ان لا يسمى به.

وأما اذا تعدى عن هذه المرتبة، ولكن يحتاج الى المنزل ليفسل حواشه

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) التذكرة: ج ٢ ص ٢٧٠.

(جوانبه - خ) وبدنه عن الوسخ، أو يطبخ له طيبخاً، فالظاهر أنه لا يجب التقاطه، بل ليس ذلك محلاً له، فيكون أمره إلى الحاكم، كالبالغ والمميز الذي لا يقدر بنفسه على تلك الأمور، من باب الولاية العامة كحفظ المجانين وأموال الغيَّاب وسائر المصالح (العامة - خ)، فينصب له من يباشر ذلك، ويصرف عليه من بيت المال، إن لم يكن له مال.

فإن كان مراده بالمميز المميز في الجملة، ولم يصل إلى ما ذكرناه فالحق كلامه، ولكنه بعيد عن كلامه، والآ فالظاهر خلاف أقربه الذي هو الثاني من قول الشافعية (١).

وكأنه اختاره في المتن في آخر هذا الشرط بقوله: (ويجوز أخذ المملوك الصغير دون المميز)، ألا إن يؤكل بما مر، فتأمل.

والظاهر (أيضاً - خ) أنه يريد بقوله: (أعين) وجوب الإعانة، كما يشعر به دليله، فإن فيه حفظ النفس، وفي تركه هلاكها، فهو واجب من باب الإعانة والحفظ، كما في غيره من الصور، وكما في الالتقاط، وليس من ذلك الباب.

وأيضاً الظاهر أنه يريد بجواز التقاط المميز عدم تحرره، وجوبه كفاية، لأنه اختار أن وجوبه كمائي، ومعلوم أنه على تقدير الكمائي إن يكن أحد يتعين.

ثم المصنف في المتن جعل الصغير شرطاً، وفرغ عليه عدم صحة أخذ البالغ العاقل، فكأنه يريد بالصغير ما يلزمه غالباً من عدم العقل التام، سواء كان لعدم البلوغ أو لعدم العقل، فيفهم أنه يجب التقاط غير البالغ مطلقاً وهو محل التأمل.

على أنه قال في آخر شرط الأول (٢): (ويجوز أخذ المملوك الصغير دون المميز،

(١) إشارة إلى ما نقله عن التذكرة آنفاً من قوله: أنا الصبي الذي بلغ سن التمييز فالتقرب التقاطه إلح.

(٢) يعني محل الأول للقطعة الخ.

وانتفاء الأب أو الجد، أو الملتقط أولاً، فلو كان له أحدهم،

جبر على أخذه.

فيفهم منه أنّ المميز لم يكن لقيطاً عنده، وهو مؤيد لما قلناه من المذهب الثاني للشافعية، فهو يخالف للتذكرة، ولا قول كلامه، فتأمل.

وايضاً يفهم أنّه يجوز التقاط المجنون، وأنه محل التأمل ايضاً، وهو خلاف ما يفهم من غيره من العبارات في تعريف اللقط وشرائطه من نفس كلامه، حيث شرط الصغر، فانه ظاهر في غير البالغ، وكذا في التذكرة والقواعد.

لكن في آخره قال: غير البالغ، مثل ما هنا، وزاد في الدروس في التعريف الصبيّة والمجنون ايضاً، ينبغي ان يقال: او المجنونة ايضاً.

قوله: وانتفاء الاب الخ. اشارة الى شرط ثان للاول، وبيان فائدة قيد (لا كافل له) في تعريف التذكرة.

قال في التذكرة: وقولنا: ضائع، يريد به المنبوذ، لأنّ غير المنبوذ يحفظه أبوه أو جده لآبیه او الوصي لاحدهما، فان لم يكن احدهما (١)، وآلا نصب له القاضي من يراعيه ويحفظه ويتسلمه، لأنّ له كافل معلوم (٢)، وهو أبوه أو جده أو وصيتهما، فاذا فقد، قام القاضي مقامه، كما (أنه -خ) يقوم بحفظ مال الغائبين والمفقودين، وأما المنبوذ فيشبه (فأنه يشبه -خ) اللقيط، ولهذا يسمى لقيطاً، فلم يختص حفظه بالقاضي بل يحفظه كل من يلقطه، وقولنا: لا كافل له، يريد به من لأب له ولا جد للأب ومن يقوم مقامها كالملتقط فمن هو في حضانة أحد هؤلاء لأمعني لالتقاطه، نعم لو وجد في مضیعة اخذ ليرد الى حاضنته (٣).

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٧٠ عبارة النسخة المطبوعة التي عندها هكنا: فان لم يكن أحد هؤلاء نصب

القاضي له الخ.

(٢) في التذكرة: لأنه كان له كافل معلوم.

(٣) التذكرة: ج ٢ ص ٢٧٠.

اعلم أنَّ في قوله (١): (لا كافل له يريد الخ) تأملاً، لأنَّ الظاهر أنَّ المتبوء هو الذي طرح ونذ ولم يكن تحت يد أحد، ويكون في موضع يظن هلاكه وضياعه، كما فهم من كلامه، ولأنَّ غير المتبوء بالمعنى الذي تقدم، له من يكمله، سواء كان ذلك قريباً (له - خ) أو بعيداً أو ملتقطاً أو غيره، فلا يلتقط ذلك، لأنَّه ليس بضائع (أو - خ) ولا في مهلكة وموضع ضياع، فلا يوجد فيه شرط الالتقاط، وهو ظاهر، فالحافظ لغير المتبوء ليس منحصراً فيما ذكره.

وان أراد الذي يجب عليه الحفظ، فيمكن ان يقال: أنَّ الأم والأجداد كذلك مطلقاً، سواء كان من الأب أو الأم نعم الولي منحصراً فيهم والحافظ ان الذي يجب عليه الحضانة اعم منه، فاذا لا يجب على القاضي نصب الحافظ على تقدير عدم هؤلاء، بل لا يجوز، فان الحضانة للأم مثلاً، على أنَّ قوله (احدهما والآ نصيب) غلط.

ويحتمل ان تكون العبارة هكذا (او يكون الوصي لاحدهما والآ نصيب الخ).

وأنَّه يريد بالمتبوء الشذي لا كافل له معيئاً، فأنَّه الذي لا يختص بالقاضي، ويأخذه غيره، وشبيهه بالمال الملقوط يحفظه كل من لقطه.

وكذا في قوله: (قولنا لا كافل له الخ) (٢)، لأنَّه ظاهر في أنَّ الكافل الذي يسقط معه الالتقاط غير الأم وغير الجدة من الأم، وأنَّه منحصر في الأب والجدة منه والملتقط، كعبارة الكتاب، ألا أن لفظ (من يقوم مقامهما) مع ما تقدم، يعيد ادخال الوصي ايضاً.

وقد عرفت أنَّه يمكن ان لا يكون منحصراً في هذه الاربعة، اذ ليس هذه

(٢) قد نقلنا هذه العبارة آنفاً من التذكرة فتذكر.

(١) يعني العلامة في التذكرة.

وحرية الملتقط، وبلوغه، وعقله،

ولاية، فإنه اذا كان له أم او غيرها ممّا له الحضانة، وهو كافل في الجملة، بل يمكن ان يجب عليهم مع عدم هؤلاء فلا بد من اشتراط عدمه ايضاً حتى يكون لقيطاً.
بل كون الحضانة بعدهما للوصي ايضاً غير ظاهر، بل ظاهرٌ عدمه.
نعم لو لم يكن أحد ممن له ذلك مثل الأم وغيرها، او لم يفعل، يجب عليه ان يحصل له من يحفظه ويراعيه، لا أن له حضانة او عليه بنفسه ذلك، فتأمل.
ولو لم يكن ما تقدم لا يمكن ادخالهم في هذه العبارة بتعميم من يقوم مقامهما، على أنه كان يضر ترك الأم وقيد الجدة بالأب ممّا لا حاجة اليه، ويوهم بخلاف المقصود.

ومنه علم ما في قول المصنف: (وانتفاء الاب الخ) ومعلوم جبر احد هؤلاء على الحفظ عندهم، ويمكن ان يكون بالأجرة كالأم، وكذا الوصي ايضاً يجبر اماً يحفظه (أن يحفظ - خ) بنفسه او بتحصيل من يحفظه و(أو - خ) ويخصه ان كان له مال، ويمكن للوصي ايضاً اجرة ذلك، ان اراد، كما قيل: انّ للأم ذلك وللوصي الأكل أجرة.

والظاهر أنّ (١) عندهم من يجب عليه الحفظ والحضانة منحصر في الولي، وأن من ليس ذلك ان نبذ فهو لقيط، وذلك غير واضح، فتأمل.

قوله: وحرية الملتقط الخ. اشارة الى الركن الثالث لالتقاط الانسان الذي هو اول الاقسام، وهو الملتقط.

قال في التذكرة: يعتبر في الملتقط التكليف والحرية والاسلام والعدالة،

الخ.

الظاهر عدم الخلاف في اشتراط البلوغ والعقل، فلا اعتبار لالتقاط المجنون

(١) في النسخة المطبوعة أنه عندهم الخ.

والصتي فلم يصير الملتقطين، فكل من يأخذ من ايديها يصير ملتقطاً، ويمكن ان يكون الأخذ من ايديها للحاكم فقط، فلا يكون لقطة، لأنه غير مشبوذ، وقد اعتبر في تعريف اللقطة، وقد اشرنا إليه فيما نقلناه عن التذكرة، وان كان ظاهر أن المشبوذ هو الذي ليس في يد من يجب حضنته، فتأمل، فأمره الى الحاكم، كما مر فيها قلناه من التذكرة.

قال في التذكرة: ولو كان المجنون معتوراً او ادواراً أخذه الحاكم من عنده، كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق او الصتي.

وهو صريح في أنه لم يكن لقبطاً بأخذهما وبعده ايضاً، فاذا أخذه أحد لم يصير كذلك، وليس لأحد أخذه الا الحاكم، ويحتمل للولي ذلك، خصوصاً اذا لم يتمكن من الحاكم، ولم يكن (له - خ) حينئذ ايضاً لقطة.

وأما العبد فالظاهر أنه ليس له الالتقاط ايضاً بالاجماع، لأن منافعه لسيد فانه اذن، فيكون السيد هو الملتقط حقيقة، ويكون هونائبه، والا لم يصح أخذه، فيصير أمره الى الحاكم، كما خوذ الصبي والمجنون او كغير الملتقط.

قال في التذكرة: ولو اذن له السيد او علم به فأقره في يده جاز، وكان للسيد في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه قد استعان به عليه في الأخذ والتربية والحضانة، فصار كما لو التقطه سيده وسلمه اليه، فاذا اذن له السيد لم يكن له الرجوع في ذلك أما لو كان الطفل في موضع لا ملتقط له سوى العبد، فانه يجوز له التقاطه، لأنه تخليص له من الهلاك، فجاز كما لو اراده التخليص من الفرق، ولو التقط العبد مع وجود ملتقط غيره لم يقر في يده، وينزعه الحاكم، لأنه المنسوب للمصالح، الا ان يأذن مولاه، ويأذن بتقريره في يده، فيقدم على الحاكم ولا فرق بين القن والمذبر وأم الولد والمكاتب والمحرم بعضه في ذلك كله الخ.

وانطأهر أنه اذا كان في محل الهلاك يجب اخذه، لما مر، فكأنه يريد

واسلامه على رأى،

بالجواز ذلك .

والظاهر مع عدم وجود ملقط آخر ايضاً لم يقر في يده، بل ينزعه الحاكم،
الآ مع الاذن، وحينئذ لا فرق بين وجود الملقط وعدمه، وهو ظاهر وايضاً في عدم
اخذ المحرر بعضه - اذا كان في نويته بحيث بقدر على تربيته -، تأمل .

وأما الاسلام فالظاهر ان المراد انه شرط في أخذ اللقيط الذي حكم
باسلامه بان يكون في ديار المسلمين او قريب بلاد يكون فيها مسلم يمكن تولده فيه
(منه - خ) كذا قالوا، فدليل من بشرطه الآية (١) وأنه يفتنه عن دينه لأنه ظاهر أنه
يعلمه الكفر كما يعلم اولاده، فتقريره في يده اعانة على تكفير المسلم، فلا يقر في
يده، بل اذا اخذه يأخذه منه الحاكم كالصبي .

ويمتثل كونه منبوذاً، كما مر، لان كلام التذكرة كان مشعراً بأن من لم
يكن في يد المولى فهو منبوذ، فتأمل .

ودليل المحو عموم دليل الجواز، وليس بمعلوم كون هذا سبيلاً منقياً (٢) بل
تكليف عليه والزام بالتربية، والتفتين غير معلوم .

على أنه لو كان ذلك سبياً، لكان ينبغي عدم جواز اخذ الطفل الكافر
ايضاً لأن هناك ايضاً تفتين في الجملة اذ لو اخذه المسلم لاسلمه فتخليته بيد الكافر
اعانة على الكفر، بل بالنسبة الى اطفاله ايضاً .

وكانه لذلك منع الشيخ علي من التقاط الكافر ايضاً عند التقاط الكافر
كالطفل المسلم (٣) اذ الاصل عدم ثبوت سلطنته وثبوت احكام الالتقاط الآ فيما

(١) قال الله تعالى: وان يحمل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً النساء: ١٤٢ .

(٢) اشارة الى الآية المذكورة آنفاً .

(٣) في بعض النسخ من النسخ الكافر ايضاً اذ الاصل الخ وفي النسخ المطبوعة من النسخ الكافر
ايضاً وكان عدم التقاط الكافر للمسلم أولى اذ الاصل الخ .

وعدالته على رأي

ثبت بالدليل، وليس إلا الاجماع، ولا اجماع، هنا، وهذا مانقل في التذكرة الاجماع، بل يمكن دعواه في العكس.

وقال: اما اذا كان الطفل محكوماً بكفره فانه يجوز للكافر التقاط الكافر (التقاطه - خ ل) لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض (١)، وللمسلم التقاط الطفل المحكوم بكفره.

ويؤيد عدم جواز اخذ الكافر المسلم، اعتبار العدالة عند البعض.

قال في التذكرة: الأقرب لاعتبار العدالة في الملتقط، فلو التقطه الفاسق لم يقر في يده، وينزعه الحاكم، لأن الفاسق غير مؤتمن شرعاً، وهو ظاهر، فلا يجوز الركوب اليه للآية (٢) ولا يؤمن ان يبيع الطعل، او يسترقه ويدعيه مملوكاً، ولا يؤمن سوء تربيته، ولا يوثق عليه ويخشى الفساد.

وقيل بعدم اشتراطها، فلا ينزع الحاكم اللقيط من يد الفاسق، لأن ظاهر حال المسلم الأمانة، ولهذا قل قوله في ما في يده من أنه له، وظاهر، ونجس، واعطاء الأمانة.

وبالجملة ظاهر حال المسلم يقتضي الحكم بعدم فعله غير مشروع، ولأن الأصل عدم فعله غير مشروع، فاندفع الفساد وغير معلوم دلالة الآية (٣) على منعه وهو ظاهر، وقد مر مراراً، ولأنه يجوز له لقطة الأموال، والفرق بينها مشكل اذ يمكن حفظ حاله بحيث لا يفسد، بالاشهاد والاشتهار، فيؤمن الفساد، كما في المال بالتعريف، ألا أن في الاموال أسهل وهو ظاهر.

وفرق في التذكرة بينها، بأن في المال تكسب (٤)، وبأنه يجب رد المال بعد

(١) الاتصال: ٧٣.

(٢) النساء: ١٤٢ اشارة الى قوله تعالى: ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار هود: ١١٣

(٣) هكذا في النسخ والاصولاب تكسب بالنصب.

(٤) هود: ١١٣.

التعريف اليه لا مكان نية التملك، وبأن المقصود في المال حفظه، ويمكن الاحتياط بالاستظهار بالتعريف وبنصب الحاكم من يعرف، وفي لقطة التقس حفظ التقس والتسب، وقد يهلكه خفية ويترك حفظه بالليل (والنهار-خ)، ويدعى رقبته في البلدان البعيدة.

والأخير فرق لا بأس به وفي الأولين نظر ظاهر، فافهم.

قال في التذكرة: وقيل: لا يشترط العدالة ولا ينزع اللقيط من يد الفاسق لا مكان حفظه في يده بالأشهاد عليه وبامر الحاكم أميناً يشارفه عليه كل وقت ويتعهد في كل زمان ويشيع امره فيعرف أنه لقيط، فيحصل بذلك من غير زوال ولايته، جمعاً بين الحقين، كما في اللقطة.

ويعلم منه أنه على تقدير جوازه لم يختل سبيله بل لا بد للحاكم من الأشهاد عليه واستظهار حاله بالاشراف عليه وتعهد حاله وكذا فيما سيأتي.

ويمكن ان يقال هنا: ما قبل في اعتبار الاسلام فان المعلوم بالاجماع هو لقطة العدل لا غير، ولا دليل غيره فتأمل، فيصير هو مثل العبد والطفل، فاذا أخذه يأخذه الحاكم منه او يكون منبوءاً، وعليه ان يأخذه ان كان في مضيمة.

ثم قال: من ظاهر حاله الامانة - ألا أنه لم يختبر حاله - لا ينزع من يده، لأن ظاهر المسلم العدالة، ولم يوجد ما يعارض هذا الظاهر، ولأن حكمه حكم العدل في لقطة الاموال والولاية في النكاح واكثر الأحكام، ولكن يوكل الامام من يراقبه من حيث لا يدري لشلا يتأذى، فاذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة وهذا الكلام يدل على أن المسلم عدل مالم يظهر فسقه.

وقال ايضاً في ترجيح احد المسخطين المتساويين: من ظهرت عدالة بالاختبار يقدم (فقدم-خ) على المستور على خلاف بين علمائنا.

وليس ذلك مذهبه في غير هذا الموضع وكذا مذهب الاكثر والأشهر.

ولو اذن المولى لمملوكه، صح،
ويُقَرَّفِي يد البدوي على رأي،

ويعلم أنه لا يجوز التفتيش بحيث يحصل الأذى، وهو غير بعيد.
وأنه اذا حصل الوثوق بجوز بالاتفاق، وان لم يكن عدلاً، وهو ايضاً غير بعيد، لحصول المقصود، اذ قد يحصل الوثوق بحفظ من ليس بعدل باعتبار ترك بعض المروءات او كذبه احياناً ونحو ذلك مع حصول العلم بأنه يحفظ الأطفال ويشفق عليهم اكثر من العدل لكثرة اهتمامه او محبته للأطفال والأيتام وكرمه وكثرة الملاحظة في المأكل والمشرب بخلاف العدل وحصول العلم ايضاً بأنه لم يسترقه ولم يلحق نسبة بغيره، وهو ظاهر، ولكنه خلاف ضوابطهم، فتأمل.
ثم قال: يعتبر في الملتقط الرشد، فلا يصح التقاط المبتذر المهجور عليه، فلو التقطه لم يقر في يده، وانتزع منه، فإنه ليس مؤتمناً عليه شرعاً، وان كان عدلاً.
وهذا الشرط ليس بظاهر وغير مذكور في بعض الكتب ايضاً مثل المتن، وعدم حفظ ماله لا يدل على عدم الامانة، اذ قد يكون في حفظ مال الغير ونفسه في غاية الحفظ.

وايضاً كيف يكون المبتذر عدلاً، مع ان التبذر حرام بالنص (١) والاجماع، الا ان يقال أنه صغيرة مع عدم الاصرار فتأمل فان الظاهر ان المبتذر مقصر، فتأمل.
قوله: ولو اذن المولى الخ. بعد ان اذن المولى يصير هو الملتقط حقيقة، كما مر، فلا ينافي اشتراط الحرية، ولا يحتاج الى قيد (او اذن المولى).

قوله: ويقر في يد البدوي على رأي. وجه الجواز صوم الجواز وعدم ما يصلح مانعاً، فان البدوي يصلح للالتقاط كالقروي والبلدي، وهو المقروض.
وقيل: لا يصلح لاحتمال قضيب نسبة بالارتجال من موضع الى موضع

(١) قال الله تعالى: ان المبتزين كانوا اخوان الشياطين وكان الشيطان لربه كفوراً. الأسره: ٢٧.

ويجوز اخذ المملوك الصغير، دون المميز،

وشروط الثاني: الملك .

وانتفاء اليد عنه، وعجزه (ويمعز-خ) عن السلامة، وانتفاء

العمران .

ومفارقة محل الالتقاط فلم يطلبه اهله إلا هناك .

وهو دليل تعين، ألا ان يقال لدليل على الاصل ألا الاجماع، ولا اجماع

هنا، فتأمل .

قوله: ويجوز اخذ المملوك الصغير الخ. اشارة إلى أنه لا فرق في الالتقاط

بين كون الملتقط معلوم الرق والملك وعدمه، فيجوز اخذ المملوك الصغير معه باقي

الشرائط، ولا يجوز اخذ المميز، وقد مرّ دليله .

وأنّ هذا بناي الاكتفاء بشرط الصغر، ألا ان يفرق بين المملوك وغيره،

ولكنه بعيد لفظاً ومعنى .

كأنه يريد بالصغير (من الصغير-خ) غير المميز الذي يقدر على رعاية نفسه

وحفظه، وهو ايضاً بعيد .

قوله: وشروط الثاني الملك . المراد به التقاط الحيوان، وله ايضاً اركان ثلاثة

(الاركان الثلاثة خ) الاول المحل يشترط كونه مملوكاً، فلا يجوز التقاط حيوان غير

مملوك، فإنه يملكه الآخذ .

قوله: وانتفاء اليد الخ. اشارة الى شرط ثان له وهو عدم كونه تحت يد

أحد فلو كان تحت يد أحد يجب عليه رده الى مالكه، وكذا من اخذه من يده فليس بملتقط .

واشار الى الثالث بقوله: (وعجزه عن السلامة وانتفاء العمران) يعني يكون

عاجزاً عن ان يسلم من ضرر صغار السباع إما لفضل قوته كالابل والحمير والبيغال

الصحيحة الكبيرة (الكثيرة-خ) اولشدة عدوه كالغزال اولطيرانه كالحمام قاله في التذكرة

ثم قال: وبالجملية كل ما يمتنع من صفار السباع وصفار الثعالب وابن آوى وولد الذئب والسبع، لا يجوز التقاطه ولا التعرض له، سواء كان لكبر جثته كالأبل والبغال والحمير، او لطيراته، او لسرعة عدوه، او لناه كالكلاب والفهود.

واما اذا كان عاجزاً عن ذلك مثل الغنم والحيوانات المتقدمة، ولكن مريضاً (١) او ضعيفاً، فلا يكفي لجواز التقاطه ذلك، بل لابد ان لا يكون في العمران - أي لم يكن في المعسورة من البلدان -، فاذا لم يكن كذلك يجوز التقاطه، فيكون ملقوياً وسيجيئ حكمه.

واذا لم يكن في الماء والكلاء، بحيث يقدر ان يعيش فيه فهو مثل العاجز يجوز اخذه، وكذا اذا كان احد هذه الحيوانات، ولكن كان صغيراً عاجزاً عن الامتناع ولم يكن في العمران فحكمه حكم الغنم.

قال في التذكرة: وهذا الحكم - أي عدم جواز اخذه في البعير - انما هو اذا كان صحيحاً ضل عن صاحبه او تركه من غير جهد ولا تعب اذا كان مريضاً او ضعيفاً او لا يتبع صاحبه، فان كان قد تركه من جهد في كلاء او ماء فذلك لا يجوز اخذه، وان كان قد تركه في غير كلاء ولا ماء فهو لا أخذه، لأنه كالتالف ويملكه الآخذ، ولا ضمان عليه لصاحبه لأنه كالمبيع له، وهذا حكم الدابة والبقرة والحصان، اذا ترك من جهد في غير كلاء ولا ماء وسيجيئ في الكتاب أيضاً.

وأما دليل عدم جواز الأخذ بدون الشرط، فهو أن الأصل بقاء مال المالك على حاله، وعدم جواز التصرف في مال الغير الا بأذنه.

ويدل عليه العقل والنقل كتاباً وستة (٢) واجماعاً.

(١) يعني ولكن كان مريضاً.

(٢) من الكتاب قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بيسكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض،

ويدل عليه أيضاً بخصوصها الرواية من العاقبة (١).

والخاصة، مثل مارواه هشام بن سالم - في الحسن - عن الصادق عليه السلام، قال: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله، فقال: يا رسول الله اتني وجدت شاة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لاختيك أو لذئب، فقال: يا رسول الله اتني وجدت بعيراً، فقال: معه حدانه وسقاؤه حدانه خقه وسقاؤه كرشه فلا تهجه (٢).

ومثلها صحيحه الحلبي (٣) وصحيحه معاوية بن عمار (٤) وزاد فيها: وما أحب أن أمتها.

وأما عدم جواز اخذ الشاة فيما لا يجوز فلها مزايا، وكأنه جمع عليه أيضاً كغير المتنوع، فخصص ما في رواية هشام، به وعموم قوله صلى الله عليه وآله: الضوال كلها لا يأكلها إلا الضالون (٥) ويؤيده ما في قوله: هي لك أو لذئب (٦) والرواية حدانه وسقاؤه (٧).

وأما جواز الأخذ في صورة يجوز فكأنه إجماعي، قال في التذكرة: (و-خ) لو وجد شاة في الفلاة أو في مهلكة كان له أخذها عند صلماثنا، والأصل فيه مارواه

(١) راجع صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣١٦ كتاب القطة وراجع أيضاً صحيح البخاري ج ٣ ص ١٦٢

كتاب القطة.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب القطة الرواية ١.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب القطة الرواية بالسند الثاني من الشيخ.

(٤) الوسائل الباب ١٣ من أبواب القطة الرواية ٥ وراد فيها بعد قوله: أو لذئب: وما أحب أن

أمتها.

(٥) الوسائل الباب ٢ من أبواب القطة الرواية ٤ ومن طرق العامة عن علي عليه السلام قال: لا يأكل

الصائلة إلا صال. كرمال ج ١٥ ص ١٩١ تحت رقم ٤٠٥٤٧.

(٦) تقدم نقلها أيضاً.

(٧) تقدم نقلها أيضاً.

العامة والخاصة، حين سئل عليه السلام عن ضالة الغنم؟ فقال: خذها، إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب (١) وكذا الحيوان الذي لا يمتنع عن صغار السباع، مثل الثعلب وابن آوى وولد الذئب وولد الأسد ونحوها، فإن صغار الغنم كفصيلات (كفصلان-خ) الأبل وعجلان البقر وصغار الخيل والذجاج والإوز (٢) ونحوها، فإن ذلك كله يجوز التقاطه في الفلوات والمواضع المهلكة.

ثم قال: وهذا الحكم - في شاة وغيرها من صغار الأنعام التي لا تمتنع من صغار السباع - إنما يشبه لو وجدها في الصحراء أو في موضع مهلكة، أما لو وجدها في العمران فإنه لا يجوز له التقاطها بحال.

ولا فرق بين ما يمتنع لكبره أو سرعة هدوه أو طيرانه، وبين ما لا يمتنع كالشاة في تحريم الأخذ لعموم قول صلى الله عليه وآله: الضوال لا يأكلها إلا الضالون (٣).

ثم استدل بمعهوم رواية معاوية بن عمار المتقدمة (٤)، ولأنه اعرض في غير الغنم عنه فيبيع.

ورواية السكوني عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد قال: إن (كان-خ) تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها، وإن تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاء فهي لمن أصابها (٥).

(١) تقدم ذكرها آنفاً.

(٢) الإوز بكسر الهمزة وفتح الواو وتشديد الزاء الباء، واحده أوزة.

(٣) تقدم ذكرها آنفاً.

(٤) راجع الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ٥.

(٥) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ٤.

فلو التقط كلب الهراش والخنزير، لم يتعلق به حكم، ولو التقط ما يد غيره عليه، الزم بدفعه اليه.

ولو التقط ما يمنع (يمتنع - خ) عن الموزي - كالبعير، اذا وجد في كلاء وماء، او كان صحيحاً، والغزلان واليحمير في الفلاة، او التقط الشاة وغيرها مطلقاً في العمران - لم يجز.

وصحیحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: من اصاب مالاً او بعيراً في فلاة من الارض قد كَلَّت وقامت وسيبها صاحبها متاً (لما - خ) لم يتبعه فأخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقته حتى احيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح (١).

وعن مسمع عن الصادق عليه السلام، قال: ان امير المؤمنين عليه السلام (صلوات الله عليه - خ) كان يقول في الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهي للذي احيها، قال: وقضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة (دابته - خ) في مضیعة (بمضیعة - خ)، فقال: ان كان تركها في كلاء وماء وامن فهي له يأخذها متى شاء وان (كان - خ) تركها في غير كلاء ولا ماء فهي للذي احيها (٢).

قوله: فلو التقط كلب الهراش الخ. هذا تفريع شرط الملك، وكذا الخنزير.

وقوله (لنقط ما يد غيره عليه) متفرع على اشتراط انتفاء اليد، ويتفرع على عجزه قوله: (ولو التقط ما يمنع من الموزي) - الى قوله: (او التقط الشاة)، وهو متفرع على قوله: (وانتفاء العمران).

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الرواية ٣.

ولا شرط (يشترط - خ) للآخذ سوى الآخذ، فيجوز للصبي والمملوك والفاسق والمجنون والكافر، الالتقاط.
 وشرط الثالث المالية، وانتفاء اليد (عنه - خ).
 واهلية اكتساب الآخذ.
 ويتولى الولي التعريف عن الطفل والمجنون،
 ولو التقط العبد جاز، ويكفي تعريفه في تملك مولاه.

قوله: ولا شرط للآخذ الخ. اشارة الى الركن الثالث وهو الملتقط، ولا شرط سوى الآخذ فقط، يعني يكفي لحكم الالتقاط الآخذ.
 والظاهر أنه يشترط فيه اهلية الاكتساب والتملك، كما صرح به في شرح الثالث في قوله (١): (وشرط الثالث) الخ هو المال.
 وشرط ركنية الاول ان يكون مملوكاً ومالاً، واليه اشار بقوله المالية:
 وشرط ركنية الثاني يعني الملتقط، هو اهلية الاكتساب فقط، وركنية الثالث هو الالتقاط، لا شرط له سوى الآخذ والقبض عرفاً.
 قوله: ويتولى الولي الخ. معلوم ان تعريف ملقوظ المجنون والطفل الى وليها كسائر امورهما.

وان تعريف العبد كاف لتملك مولاه فانه اهل للتعريف، اذ الغرض، الاعلام، وقد حصل، فيجزي.

والظاهر أن الالتقاط كان باذن المولى والتعريف ايضاً.
 ويحتمل في الأخير أنه كاف عدم الاذن ايضاً لحصول الغرض.

• • •

(١) في النسخة المطبوعة: في شرح الثالث، قوله: وشرط الثالث الخ.

«المطلب الثاني في الأحكام»

يجب أخذ اللقطة على الكفاية.

وهو حرّ على الأصل، مسلم، ألا إن يوجد في بلاد الشرك (١)،

وليس فيها مسلم واحد.

«المطلب الثاني في الأحكام»

قوله: يجب أخذ اللقطة على الكفاية. المراد وجوب أخذ الطفل

الضائع، وقد مرّ دليله، وهو خوف التلف ودفع الضرر، وقال في الشرائع باستحبابه، ويمكن أنه إن كان في محلّ الخوف بحيث يخاف تلفه، يجب وألا يستحب، ونقل ذلك عن المصنف.

قوله: وهو حرّ على الأصل الخ. يعني اللقطة حرّ مسلم فيحكم بها مالم يظهر خلافه، مثل كونه في بلاد الكفر، وليس فيه المسلم الذي يمكن استيلاده منه، وحينئذ يكون بحكم الكافر حتى يبلغ، فإن أظهر الإسلام فهو مسلم، وإن أظهر الكفر فهو كافر.

وإن كان البلاد بلاد شرك يجوز استرقاق أهلها - وليس فيها من لا يجوز استرقاقه يجوز استرقاقه للأخذ، وحينئذ ليس بلقطة وهو ظاهر.

قال في التذكرة: الإسلام قد يكون بالاستقلال، وهو أن يظهر الإسلام بالعبارة، إن لم يكن أحرس، وبالإشارة المفهمة إن كان، وبالتبعية وهو الصبي، فلا يصح إسلامه لأنه غير مكلف، ولا اعتبار لعبارته في العقود وغيرها، سواء كان مميزاً أولاً، وقال الشيخ: المراهق إذا أسلم حكم بإسلامه، فإن ارتد بعد ذلك يحكم

(١) في بعض النسخ: في بلاد الكفر، (دارالشرك - ح).

بإرتداده وإن لم يتب قتل - إلى قوله - ثم استدلت (١) بروايات أصحابنا، أن الصبي إذا بلغ عشر سنين أقيمت عليه الحدود التامة واقتض منهُ ونفذت وصيته وعقوبته (٢)، وذلك عام في جميع الحدود وبقوله: كل مولود يولد على الفطرة (٣) الخ. وقال أبو حنيفة: يصح إسلامه وهو مكلف بالإسلام، وإليه ذهب بعض أصحابنا، لأنه يمكنه معرفة التوحيد بالنظر والاستدلال، فصَح منه كالبالغ، ونقل الشيخ عن أصحابه أنهم حكموا بإسلام علي عليه السلام (٤) وهو غير بالغ وحكم بإسلامه بالإجماع (٥).

والاستدلال بالرواية (٦) مشكل، لعدم ظهور الصحة والدلالة على هذا المطلب، وما نقل عن أمير المؤمنين عليه السلام (بلغ فامره - خ) مما لا يقاس عليه غيره، فإن النبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام ليسوا من قبيل سائر الناس، ولهذا حكموا لكون الحبّة صلوات الله وسلامه عليه اماماً مع كونه ابن خمس سنين.

نعم الحكم بإسلام المراهق غير بعيد لعدم من قال: لا إله إلا الله محمد

(١) يعني الشيخ قلص سره.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢٢ من كتاب الشهادات ج ١٨ ص ٢٥٢ وفي بعض الإخبار حمله حقه السرقة من من بلغ تسع سنين، ولم يثر على رواية مشتملة على ما في المتن وغيره من الأبواب مخرقه.

(٣) أصول الكافي ج ٢ باب فطره الخلق على التوحيد الحديث ٤ من كتب الإيمان والكفر ص ١٣ وفي صحيح مسلم ج ١ باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله صلى الله عليه وآله.

وفي صحيح مسلم ج ٨ ص ٥٢ طبع مصر باب متى كل مولود يولد على الفطرة نج وفي عوالي الثاني ج ١ ص ٣٥ الحديث ١٨.

(٤) في التذكرة: عن أصحابه بإسلام علي عليه السلام ج ٢ ص ٢٧٤.

(٥) انتهى كلام التذكرة مع نقل بالمعنى في بعض عباراته ج ٢ ص ٢٧٤.

(٦) يعني قوله كل مولود الخ

رسول الله (صلى الله عليه وآله) فهو مسلم (١). وقاتلوهم حتى يقولوا لا اله الا الله (٢) وامثاله كثيرة.

ولأنهم - إذا قدروا على الاستدلال وفهموا أدلة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقف عليه وجوب المعرفة والنظر في المعرفة - يمكن أن يجب عليهم ذلك، لأن دليل وجوب المعرفة عقلي، فكل من يعرف ذلك يدخل تحته، ولا خصوصية له بالبالغ، ولا استثناء في الأدلة العقلية، فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلك، فإذا أوجب عليهم يجب أن يصح منهم، بل يلزم من الحكم بالصحة وجوبه أيضاً، ويترتب عليه الأحكام.

وأما لو ارتد أحد منهم بعده، يمكن الحكم بعدم ارتداده لضعف عقله، وأنه لا استقلال بعقلهم، إذ قد يعرض لهم لصوابتهم وقلة تعقلهم شك، ولهذا يفعلون، فعلاً غير مستقيمة مثل اللعب الذي يفعله الصبيان، وإذا بلغوا لم يفعلوه يقيناً، وللشبهة، فيدراً الحدود بها، فإذا درأ عنهم الحدود لم يكونوا مرتدين، ولا يدن على عدم الاسلام وعدم اعتباره (وعدم - خ) اجراء هذه الأحكام عليهم، لما مر، لأن هذه من لفروعات المقهية، وقد اجمعوا على عدم وجوب الفروع عليهم وعدم تكليفهم بها، ولهذا صرح بعض العلماء بأن الواجبات الاصولية العقلية تجب على الصغير قبل بدووه دون الفرعية.

ولظاهر أن ضابطه القدرة على الفهم والأخذ والاستدلال على وجه مقنع (يقنع - خ)، ففي كل من وجد فيه ذلك يصح ويمكن أن يجب عليه ذلك المقدار ومن لم يوجد فيه ذلك لم يجب.

(١) وفي صحيح مسلم ج ١ الباب الامر قتال الناس حتى يقولوا لا اله الا الله.

(٢) راجع المستمرك الباب ١٠ من أبواب جهاد العدو الرواية ١.

وقال في الدروس، وهولما قاله الشيخ قريب، ولا شك أنه احوط، وما استدل به الشيخ مؤيد، فقوله قريب.

قال في التذكرة: غير المميز والمجنون لا يصح اسلامها مباشرة اجماعاً، ولا يحكم باسلامها الا بالتبعية لغيره

فيريدهما من لا قدرة له على الاستدلال، ولا يفهم وجوب المعرفة، ونحوه، وجنون (١) المجنون اخرجه عن الفهم والقدرة على الاستفهام والاستدلال مثل غير المميز، وأما اذا كان لهم فهم مستقل لا يبعد اعتباره حينئذ، واجراء الاحكام يمكن في حقه عليه فتأمل.

ثم قال في التذكرة: جهة التبعية عندنا ثلاثة (الاول - خ) الاسلام وهو على وجهين احدهما اسلام احد الابوين حال علوق الولد، فيحكم باسلام الولد من مسلم لأنه جزء من مسلم فان بلغ ووصف الاسلام فلا بحث وان أعرب عن نفسه بالكفر واستقدم حكم سارته عن ارتداد او فطري، يقتل من غير توبة، ولو تاب لم تقبل توبته الثاني ان يكون ابواه كافرين حال (حالة - خ) العلوق ثم أسلم او احدهما قبل الولادة او بعدها الى قبل البلوغ بلحظة، فيحكم باسلام الولد من حين اسلام احد الابوين، ويجرى عليه احكام المسلمين (٢).

وهذه الاحكام مانعرف لها دليلاً، فكأن دليلها اجماعهم او نصوص مانعرفها.

ثم ان الظاهر قبول توبته، اذا الظاهر أنه مكلف - ما لم يقتل - (٣) بالتوبة والعبادة، ومع عدم القبول لا يمكن التكليف.

(١) في النسخين وصور المجنون النجس.

(٢) انتهى كلام التذكرة مع اختصار وقاوت في بعض النماذج مراجع ج ٢ ص ٢٧٤.

(٣) في النسخين: ما لم تقبل.

فكأنه يريد بعدم قبول توبته، قبولها بحيث يسقط عنه جميع احكام الارتداد حتى القتل، فتأمل.

ثم قال: فلو اسلم احد الأجداد فتبعه فيه، وفي معنى الابوين الاجداد والجدات لأب كانوا أو لأم وارثين كانوا أم لا، اقارب أو اباعد، فلا اشكال مع عدم حياة الابوين، قال: ولو كان الاب حياً فاشكال ينشأ من أن سبب التبعية القرابة وهي لا تختلف بحياة الأب وموته كسقوط القصاص وحد القذف، ومن انتفاء ولاية الحضانة للجدين مع الابوين.

ثم قال: ولا فرق بين ان يكون المسلم من الجدّين طرف احد الابوين او مقابله، فلو اسلم جد الأم، والأب حتى او اسلم جد الأب، والأم حيّة جاء الاشكال، وكذا البحث ان كان الابوان او الجدّان القريبان موتى واسلم الجد البعيد والجدّة إتما من قبل الأب او من قبل الأم او من قبلها معاً، فان الولد يتبعه، وكذا ذكر الاشكال في جميع المراتب (١).

ودليل الاصل هنا ايضاً غير ظاهر، الا ان يكون اجماعياً او منصوصاً، كما مر.

ثم لا ينبغي الاشكال مع حياة احد الاقربين مثل الابوين مثلاً، بل مع حياتهما معاً، لأن الجد بمنزلة ولده أي الأب مثلاً، فكأن الاب مسلم والام كافرة فلا يصح، وكذا في العكس، وجميع هذه المراتب، فتأمل.

ثم ان أعرب الصبي بعد البلوغ الكفر بعد الحكم باسلامه لاسلام متبوعه (٢)، فظاهر التذكرة أنه عندنا لا ينقص شيء من الاحكام السابقة.

(١) التذكرة، ج ٢ ص ٢٧٤.

(٢) في النسخة المطبوعة بعد قوله متبوعه ما نقله. فالنتيجة غير ظاهر والآطاهرة، وظاهر التذكرة الخ

وقال أيضاً: الصبي المحكوم بكفره اذا بلغ مجنوناً كان حكمه حكم الصغير، حتى أنه لو أسلم احد الابوين تبعه، اما لو بلغ عاقلاً ثم جنّ ففي لتبعية اشكال. لو كان دليل الاصل نص او اجماع يعلم عدمه هنا، فتأمل.

ثم ذكر السبب الثاني وهو تبعية التابي، وقال: قال بعض ههنا ان الصبي يتبع التابي في الاسلام، فاذا سبى المسلم طفلاً منفرداً عن احد ابويه حكم باسلامه، لأنه صار تحت ولايته، وليس معه من هو اقرب اليه، فيتبعه كما يتبع الابوين (١).

هذا الدليل ظاهر ضعفه، واصل الكفر المحكوم به فيه (٢) لم يزل بمثل هذا. نعم قد يفهم تبعيته له في الطهارة فان كان اجماعياً، فهو وآل فيه ايضاً ضعف، وظاهر كلامهم عدم الخلاف فيها، اما في الاسلام ففيه تأمل.

والظاهر ان لاحلاف في أنه اذا كان مع أحد أبويه فحكمه حكمه مادام طفلاً، ومتى أسلم يتبعه، سواء كان التابي واحداً او متعدداً.

ثم ذكر الجهة الثالثة وهي تبعية الدار وهي المقصود هنا، وطول في الكلام، وحاصله أنه من لفظ في بلد، ويوجد (وجد-خ) فيه مسلم يمكن كون ذلك الولد منه حكم باسلامه، ولا بد ان يكون ذلك المسلم ساكناً فيه، ولا اعتبار بالطرق والاجتياز في ذلك والظاهر أنه يكفي امكان كون هذا الولد منه، فتأمل.

ولعل دليله ايضاً هو الاجماع والنص، والآ فهو بعيد (٣) لا يجد العقل من لحاقه بالأكثر بدأ ولهذا يحكمون باسلام اهل البلد لإسلام الأكثر، فتأمل.

وأما دليل كونه حرّاً فهو ان الاصل في الانسان هو أنه حرّ، والملكية قد

(١) التذكرة ص ٢٧٥.

(٢) في النسخة المطبوعة المحكم برقيقته.

(٣) في النسخة المطبوعة هكنا: لا يجد العقل من لحاقه أكثر ولهذا انج.

وعاقلته الامام.
ولو توالى احداً جاز (١).

تعرضه لاسبابها، والاصل عنده.

والرواية مثل صحيحة حرير في الفقيه، عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: المنبوذ حرّ انشاء جعل ولاء للذين رتبوه وان شاء لغيرهم (٢). وفي صحيحة الحلبي، قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن ولد الزنا ايشري لو يباع او يستخدم؟ قال: نعم، الا جارية لقبضة فانها لا تشتري (٣). قوله: عاقلته الامام. أي ليس عاقلته ووارثه الملتقط، بل هو سايب، فان جعل لنفسه عاقلة وضامن جريرة، والا فعاقلته ووارثه الامام عليه السلام، لما تقرّر عندهم من أنه عاقلة ووارث من لا عاقلة له ووارث له. قوله: ولو توالى الى احد جاز. اشارة الى أنه سائب، له ان يتوالى احداً، ويضمن جريرته (ويجعله ضامن جريرته - خ) بشرطه المذكور فيمحلّه. ويدل عليه رواية حرير المتقدمة، عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: المنبوذ حرّ وولائه للذين رتبوا ان شاء وان شاء لغيرهم (٤).

وفي الفقيه وفي باب بيع حيوان التهذيب، روى ما سنده عن قاسم (حاتم - خ) بن اسماعيل المدائني، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: المنبوذ حرّ، فان أحبّ ان يتوالى غير الذي رتاه والاه، وان طلب منه الذي رتاه النعقة، وكان موسراً ردّ عليه، وان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقة (٥).

(١) في نسخة المطبوعة: ولو توالى الى أحد.

(٢) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية ٣ ج ١٦ ص ٦٢.

(٣) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية ٢.

(٤) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية ٣.

(٥) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب القطة الرواية ٢.

ويستعين الملتقط في النفقة بالسلطان (١).

وروي أيضاً عن عبد الرحمن العرزمي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: المنبوذ حر، فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذي التقطه، وألا فليرد عليه النفقة، وليذهب فليوال (فليتوال - خ) من شاء (٢) وهي صحيحة على الظاهر. وروي أيضاً فيه (في الصحيح) عن ابن محبوب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة؟ فقال: لا تباع ولا تشتري ولكن استخدمها بما انفقت عليها (٣).

وهذه تدل على جواز استخدامها عوضاً عن النفقة، ولا يتعدى غيره من الأيتام وغيرهم أن يستخدمهم المتفق والمري ويكون (ويمكن - خ) عوضاً عن الحضانة أيضاً، وإن انفقها من ماله، فتأمل.

وروي فيه أيضاً (في الحسن) عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، عن اللقطة؟ فقال: حرة لا تباع ولا توهب (٤). قوله: ويتعين الملتقط بالسلطان في النفقة. يعني لا يجب على الملتقط اتفاق اللقيط.

قال في التذكرة: لا يجب على الملتقط النفقة على اللقيط اجماعاً، والأصل أيضاً دليل، وكذا حصر من وجب نفقته في الوالدين والزوجة والوارث الصغير من الأخ وابن الأخ وغيره، وفي صحيحة الحلبي - في الفقيه - قال: مثل الصادق

(١) في بعض النسخ: ويستعين الملتقط بالسلطان في النفقة.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الرواية ٣.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الرواية ٤ وفيه عن ابن محبوب، عن محمد بن أحمد قال: سألت

الخ.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الرواية وفيه كما في الكافي أيضاً عن اللقيط؟ فقال. حر

لا يباع ولا يوهب.

عليه السلام، قال: قلت: من الذي اجير على نفقته؟ قال: الوالدان والولد والزوجة والوارث الصغير يعني الاخ وابن الاخ وغيره (١).
وايجاب الالتقاط لا يوجب النفقة، وهو ظاهر، فان كان للقيط مال ينفق عليه منه.

ويمكن ان لا يجب استيذان الحاكم مع الامكان ايضاً، للاصل، ولولايته عليه في الجملة، ويمكن ذلك وجوباً مع امكانه، لامع عدمه.
قال في التذكرة: اذا كان للقيط مال فالاقرب عندي أن الملتقط لا يستولي (لا يستقل بحفظه - خ) لحفظه، بل يحتاج إلى إذن الحاكم، لأن اثبات اليد على المال أنها يكون بولاية إما عامة أو خاصة، ولا ولاية للملتقط ولهذا اوجبنا الرجوع الى الحاكم في الانفاق عليه من ماله (٢).
وقال في موضع آخر: اذا كان للقيط مال انفق عليه اجماعاً الى قوله - ولا يتولى الملتقط الانفاق عليه من ماله، لاستقلاله، ما لم يأذن الحاكم، اذا امكن مراجعته.

وقال ايضاً: فان اذن له في الاتفاق عليه جاز له، كما يجعل أميناً للصغير، اذا مات أبوه بغير وصية، فان انفق عليه بغير إذن الحاكم مع امكانه ضمن ما انفقه، ولم يكن له الرجوع على اللقيط كمن في يده وديعة ليتيم فانفقها عليه.
ثم قال: ولو لم يتمكن من مراجعة الحاكم او لم يكن هناك حاكم، فانه ينفق الملتقط من مال الطفل عليه بنفسه - الى قوله - فهل يجب الاشهاد بالح. الأقرب ذلك، لأن الاشهاد مع عدم الحاكم قائم مقام إذن الحاكم مع وجوده، كما في

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب النفقات من كتاب النكاح الرومية وغيرها ومن روايات نيات.

(٢) التذكرة: ج ٢ ص ٣٧٣.

الضالة فاذا اشهد على الانفاق لم يضمن، ولو لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ضمن، ولا معها، فلا ضمان (١).

اذا عرفت هذا، فيحتمل ان يكون قول المصنف (ويستعين الخ) اشارة الى الرجوع الى الحاكم لانفاقه مطلقاً مع وجود ماله وعدمه، وسيجيئ أنه يجب اذن الحاكم في الاتفاق عن ماله.

وان يكون اشارة الى أنه ان لم يكن مال يستعين بالحاكم، هذا هو الأظهر. قال في الدروس: يجب حضائته بالمعروف وهو القيام بتعقده على وجه المصلحة بنفسه او زوجته او غيرها، والأولى ترك اخراجه من البلد الى القرية ومن القرية الى البادية. الى قوله. لو احتاج الملتقط الى الاستعانة بالمسلمين في الاتفاق عليه رفع أمره الى الحاكم ليعيّن من يراه، اذ لتوزيع غير ممكن، والقرعة انها تكون في المنحصر، ولا رجوع في الاتفاق لمن تعين عليه الانفاق، لأنه يؤدي فرضاً، وربما احتتمل ذلك. الى قوله. ويتجه على قول المحقق بالاستحباب، الرجوع، ويؤيده ان مطعم الغير في المحضمة يرجع عليه اذا أيسر، ولو قلنا بالرجوع فحمله بيت المال او مال المنفق عليه ايها سبق اخذ منه (٢).

اعلم ان كل ذلك يحتاج الى الدليل، وغير ثابت أمر الكن الى الحاكم حتى مال الملتقط مع ثبوت ولاية الحضانة له، والظاهر أن ذلك تابعه، واليه في القواعد اشار (اشارة-خ) قال: ولا يفقر في احتفاظه. أي ماله. الى اذن الحاكم، وحمله على أنه ليس له التصرف فيه من غير اذنه. وله الحفظ. محل التأمل، اذ ينبغي الاذن في الحفظ ايضاً، لأنه على ذلك التقدير لا يصح بدون الاذن، كالوديعة. ثم أنه على تقدير عدمه، كون الاشهاد قائماً مقامه. كما مر. محل التأمل،

فان تعذر، فبالمسلمين (فللمسلمين - خ).

واحتياجه الى الدليل أكثر من الاول، ولا شك انها أولى مع الامكان، وكأنه لذلك ترك في لدروس، كما يفهم من كلامه المنقول سابقاً.
وقال أيضاً: ويجب حينئذ الاتفاق من ماله من اذن الحاكم، إلا ان يتعذر وما ذكر الاشهاد حينئذ،

ثم الحاكم ان تمكن لانفاقه من بيت المال فذلك، وإلا فيمكن ان يكون من ماله، لأن ولايته وميراثه له، وهو عاقلته.

وقبل ميراثه لبيت مال المسلمين فنفقته منه، وهو خلاف المشهور وان لم يكن بيت مال فوجب (يوجب - خ) على المسلمين كفاية كالفقر الزمن والمجنون والميت اذا لم يكن له كفن.

قال في التذكرة: وفي وجوب الكفن تأمل، ثم قال: فاذا قام البعض سقط من الباقي، وإلا استحق العقاب كلهم.

ثم قال: اذا احتاج الامام الى التقييط على الاغنياء قسط مع الامكان، ولو كثروا وتعذر التقييط يضربها السلطان على من يراه بحسب اجتهاده، فان استورا في نظره تخير.

والمراد اغنياء تلك البلدة (او - خ) والقرية، ولو احتاج الى الاستعانة بغيرهم استعان، ولو رأى المصلحة في التناوب عليه في الاتفاق منهم فعله، فيمكن الرجوع، كما اشار إليه في الدروس في آخر كلامه، لكن مع التبيين، وقال في التذكرة أيضاً: ان تيسر الاقتراض اقترض، وإلا قسط فتأمل.

قوله: فان تعذر فبالمسلمين الخ. أي تعذر الحاكم فيستعين بالمسلمين، بالتوزيع، كما قلناه في فعل الحاكم، وذلك يجب عليهم كفاية، لما مر، فان فعل واحد فهو، وإلا يجب ان يجتمعوا ويعطى كل واحد شيئاً حتى يحصل النفقة له، او يتناوبون، وان كانوا منحصرين، ولا يقبل التناوب والنفقة القسمة، تفرع، وبعدها

ويجب عليهم فان تعذر انفق، ورجع مع النية (مع نيته - خ) ولا رجوع لو تبرع، او وجد المعين.
ولو كان مملوكا، باعه في النفقة، مع تعذر الاستيفاء.

يتعين، والكلام في الرجوع مع التعيين، ما تقدم، وغير بعيد.
فان تعذر من احد تعين عليه نفسه، وله الرجوع مع نيته، وهو مؤيد للرجوع (١) لغيره مع النية.
ولو امكن الاشهاد فعل وفي وجوبه معه بحث تقدم، ومعلوم انه لو تبرع لا رجوع له بل يمكن مع عدم قصد الرجوع ايضاً عدم الرجوع للاصل، او (ولو - خ) وجد المعين يأخذه فلولم يأخذ وأنفق حينئذ عن نفسه، فلا رجوع له على التقديرين.

قوله: ولو كان مملوكاً باعه الخ. يعني لو كان اللقيط مملوكاً عبداً او أمة فأنفق عليه الملتقط، او استقرض لذلك بقصد الرجوع - فما وجد سيده يوفي (يستوفي - خ) عنه ولا حاكم - يجوز له ان يبيعه في ذلك النفقة (٢) ويستوفي ما أنفق. وكذا يجوز بيعه ابتداء في النفقة، وان كفى بيع بعضه اكتفى به.
ويدل على جواز البيع بنفسه من غير قيد تعذر الحاكم، ما في صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: سألت عن اللقيطة اذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن السقطها؟ قال: لا، أما يحل له بيعها بما أنفق عليها (٣).

ويدل على الانفاق بنفسه وكذا الرجوع ايضاً، فتأمل.

(١) وفي النسختين، للرجوع ولغيره مع النية.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، في تلك النفقة.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ج ١٧ ص ٢٥٩.

وَمِلْك ما يده عليه ممّا يوجد فوقه او تحته او مشدوداً في ثيابه،
او يوجد في خيمة، او دار فيها متاع، او على دابة عليها حمل، وشبهه،
لا ما يوجد بين يديه، او الى جانبيه، في الصحراء.

وان لم ينفق يمكن بيع الكل، ويكون الزائد لقطعة، فتملك (فيتملك - خ)
وتضمن (ويضمن - خ) قيل: يجوز ذلك في اللقيط المملوك بعد التعريف، ومنعه في
الدروس.

ودليل المجوز عموم ادلة حكم اللقطة.

ويدل عليه صحيحة زرارة في الفقيه - في باب ما جاء في ولد الزنا
واللقيط -، عن احدهما عليهما السلام، انه قال في لقطة وجدت، فقال: حرة
لا تشتري، ولا تباع، وان كان ولد مملوك (لك - ثل)، لكن كان عن الزنا، فامسك
اوبع ان احببت هو مملوك لك (١).

وفي المتن شيء فتأمل، وفيه دلالة على حرية اللقيط حتى تثبت الرقبة، وهو
المجمع عليه، ومقتضى الاصل والرواية وغيرهما.

قوله: وَمِلْك ما يده عليه الخ. اشارة الى مال اللقيط فكل ما يده عليه
عند الالتقاط - مما يوجد فوقه كاللحاف او تحته كالقراش وما لبسه ومألف به وما شد
بثيابه - فهو له.

ولو وجد اللقيط في خيمة او دار فيها متاع فالخيمة والدار مع ما فيها له،
اذ يده عليه، وكذا من وجد على دابة عليها حمل، فالدابة والحمل له، وبامثال ذلك
يحكون بآته ماله، لان ظاهر اليد دليل الملك، فيمكن ان يملك.

ولا شك أنّ اللقيط قابل للتملك، ولو كان شخص كبير موضعه،

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب ما يكتب به الرواية ٢ ص ٢٢٣ ج ١٢ وفيه كما في الفقيه بصاً ولد
مملوك لك من الزنا الخ.

يحكم شرعاً بملكها، والصغير غير بالغ.

ولا يحكم بأنهم^١ ماله بمجرد وجودها عنده بين يديه أو خلفه أو أحد جانبيه في الصحراء أي غير البيت والخيمة ونحوهما، إذ ذلك ليس بتصرف مملك، إلا أن يكون هناك قرينة، مثل أن كان هناك كتاب عليه الخطوط بأن هذه لأشياء له، خصوصاً خط من هو موثوق به، وبالجملة مع الأمن عن التزوير يعمل به.

قال في شرح القواعد - في شرح قوله: وإن كان معه قرينة (رقعة - خ) أنه له على شكال -: والآصح أنه أن اثمرت الكتابة ظناً قوياً - كالصك (١) الذي تشهد القرائن بصحته خصوصاً أن عرف خطه عمل بها، فإنه يجوز العمل في الأمور الدينية بخط العقيه، إذا أمن من تزويره، وأنها يثمر الظن القوي.

هذا إذا لم يكن معه (به - خ) معارض من يد أخرى، ولا دعوى مدع، ولا قرينة أخرى تشهد بخلاف ذلك، والآ فلا.

ولا يخفى أنه إذا تحقق ما شرطناه، لا يشترط في الحكم كون الرقعة معه، بل لو كانت في المتاع أو مكتوباً عليه، فهو كذلك، وإن كانت عبارة الكتاب قاصرة عنه، والظاهر أن ليس معنى عبارة الكتاب (معه) أنه متصل به، فإنه إذا كان عنده وفي متاعه، يقال: معه.

ومن جملة أموال اللقيط ما هو وقف على اللقطاء أو على هذا اللقيط أو أوصى لهم، أوله، ويقبل الوصية الحاكم أو نائبه، ويمكن الهبة أيضاً، ذكره في التذكرة عن العامة وردّه، ولكنه مذكور في الدروس أيضاً.

وفي شرح القواعد: أن كانت مخصوصة به يجوز يقبلها الحاكم، ولا فلا، إذ لا يجوز الهبة إلا لمعين، ولهذا ردّه في التذكرة.

(١) الصك بتشديد الكاف، كتاب كالتخل يكتب في المعاملات (مجمع البحرين)

ولا ينفق الملتقط من مال المنبوذ، إلا باذن الحاكم، فيضمن،
مع امكان الاذن.

ولو جنى عليه اقتصر له الحاكم، أو أخذ الدية، ان لم يكن
(- خ) له ولي غيره، لا الملتقط ولا يجب التأخير، على رأي.

وللمنع محال، اذ لا مانع من العموم مع قبول الحاكم، كالوقوف على جهات
العامة، فتأمل.

قوله: ولا ينفق الملتقط الخ. قد مر أنه ليس للملتقط التصرف في مال
اللقيط، ولا ولاية له عليه، فلا يجوز له التصرف إلا باذن من له الاذن، وهو
الحاكم عندهم على الاطلاق، وأنه ولي من ليس له ولي ووصي كاللقيط.
وإن غيره يضمن لو تصرف وأنفق على اللقيط بعير اذنه مع امكانه، ومع
عدم الامكان يجوز ولا ضمان، وصرح في التذكرة به (١) بأن الاشهاد يقوم مقامه،
فلو ترك مع الامكان ضمن.

والكل غير ظاهر، ولكن الاذن مذكور في اكثر الكتب دون الاشهاد فإنه
في التذكرة فقط، والاحتياط واضح.

قوله: ولو جنى عليه اقتصر له الخ. يعني لو جنى احد على اللقيط الذي
لاولي له ولا وارث ولا (ولو ضامن - خ) ضامن جريرة. ان كانت الجناية موجبة
للقصاص كقطع يده عمداً، فالحاكم يقتصر له، أو يأخذ له الدية، والغرض أن
الولي هو الحاكم لا الملتقط، فإن له الحضانة والتربية فقط.

ولا يجب على الحاكم احدهما بعينه، بل له التخير بفعل أيهما اراد، مع
المصلحة، ولا يجب عليه الصبر أيضاً حتى يوجد له ولي، أو يكبر هو ويفعل ما يرى.
ودليله أنه وليه وله ما يرى فيه من المصلحة ويفعل، ثم لا اعتراض

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب إسقاط لفظة (به).

ويحد القاذف، وان ادعى الرقية، على رأي.
ويقبل اقراره بالرقية مع البلوغ، والرشد، وانتفاء العلم،
بحرئته، وادعائه لها.

لاحد عليه ورده ما فعله.

وان اخذ مالا وكبر الصبي ولم يرض، فليس له رده، وذلك مثل مالو كان
المتصرف في ماله هو الأب او الجد.

وقيل يجب عليه التأخير اذا كان مميزاً او الجاية غير النفس، لأنه لا يعرف
مراده، فإنه قد يريد القصاص في موضع اخذ المال او العكس، وهو غير ظاهر.
قوله: ويحد القاذف الخ. لما حكم بأن اللقيط حرّ مسلم، والحاكم
وليّه، فاذا قذفه قاذف قنفاً يوجب الحد، فللحاكم ان يحد القاذف، لأنه الولي،
فيعمل ما يريد، وفيه المصلحة، كالأب والجد.

وان ادعى القاذف أن المقدوف - اي اللقيط - رق فلا يوجب قذفه حداً
لا (فلا - خ) يسمع، لما مرّ، مع أنه محكوم بحرية.

ونقل عن الشيخ قول آخر على عدم الحد حينئذ، فإنه نوع شبهة، والحدود
تدراً باشبهات (١)، والاصل البراءة، ولأن الحرية ليست بثابتة يقيناً، بل ظاهر
الأمر، فيحتمل العدم، مع انّ في شمول الولاية له ايضاً تأمل (٢).

ولا نزاع في التعزير، اذ هو الى الحاكم، وليس بموقوف على شيء أصلاً.
قوله: ويقبل اقراره بالرقية الخ. يعني اذا بلغ اللقيط، وصار كامل
العقل، فاقر لنفسه بالرقية، يقبل اقراره بذلك ويحكم عليه بالرقية، لعدم اقرار
العقلاء على انفسهم بالنص (٣) والاجماع.

(١) راجع الوسائل الباب ٢٤ من أبواب مقتضات الحدود ج ١٨ ص ٢٣٥.

(٢) هكذا في جميع النسخ والمصواب، تأثلاً.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب الاقرار ج ١٦ ص ١١١ والموالي ج ٣ ص ٤٤٢ الحديث «وما صدق عليه».

ويصدق مدّعي بنوته، بدون البيّنة، مع جهالة نسبه، وإن كان كافراً أو عبداً، ولكن لا يثبت كفره ولا رقه.

ولكن لا بد أن لا يكون ذلك علوم الكذب، باب علم كونه حرّاً، وإن لا يكون نقيضه صادراً عنه، مثل (مثلاً - خ) أن قال أولاً أنه حرّ، ثم أقرب بالرقية، فلا يقبل الأخير، لموافقة الأول بحكم طاهر الشرع، فلا يقبل نقيضه.

ويحتمل القبول، إذ ما علم كونه حرّاً في نفس الأمر بالعلم اليقيني، بل بظاهر الحال، فلا ينافي كونه غير موافق لما في نفس الأمر، بل هو كذلك حينئذٍ بظاهر الشرع، إذ لا يسمع اقراره الأول ولا اثر له، لأنه اقرار لنفسه لأعليه، فوجوده وعدمه سواء، فإذا أقرباً عليه وإن ضادّ اقراره الأول يقبل اقراره الثاني، لعموم قبول اقرار العقلاء على أنفسهم، ويدفع به الأصل، وقوله الأول ايضاً، ولهذا لو قال: ليس لزيد في ذمتي شيء، وهو موافق لأصل البراءة، وقال بعد ذلك: له عني كذا يسمع.

والظاهر أنه لا خلاف فيه، وكأنه لذلك قال بعض بصحة الاقرار حينئذٍ.

قال الشيخ علي: والأصحّ القبول، فتأمل.

قوله: ويصدق مدّعي بنوته الخ. يعني إذا ادّعى رجل - يمكن أن يكون

أباً للقيط، ملقطاً كان أو غير ملقط - ولديته من غير منازع، يصدق في دعواه، أو يدّعي نسباً مجهولاً ممكناً، غير مضر لأحد، من غير منازع، فيقبل قوله فيه، كما في غير اللقيط، فكأنه اجماعي.

فيه تأمل، إذ الكبرى غير بديهية ولا مبرهنات عليه، فلا بد أن يكون له دليل،

وما نعرف دعوى الاجماع، إلّا في شرح القواعد، ويحتمل النص، الله يعلم.

بخلاف أن يدّعي من لا يمكن كونه هذا منه، بأن يكون في سن لا يمكن

كونه أباً له، أو يكون عتيقاً أو غائباً مدة لا يمكن كونه منه، وغير ذلك.

ولو شاركه غيره في تلك الدعوى لا يقبل ذلك ايضاً، بل يحتاج إلى البيّنة،

فان لم يكن لهما بيّنة، او يكون لهما، يحكم بالقرعة، فان (وان-خ) كان لاحدهما البيّنة دون الآخر، فهو له، وكذا ان ادعى من قصر لغيره، ان يدعي بنوة من علم كونه عبداً لشخص.

ويمكن ان يقال مع الحرية ايضاً ضرر للقيط، بان يكون اللقيط ذا مال، والمتدعي فقير، فيأخذ من ماله، وينفق على نفسه، فكأنهم ما نظروا الى مثل هذا، ولا فرق عندهم بين كون هذا المتدعي مسلماً او كافراً، حرّاً او عبداً.

وقال في التذكرة: ولو كان احد المتدعين مسلماً والآخر كافراً تساوي ايضاً، عبداً او حرّاً، لعموم سماع الدعوى، ولم يحكم بمجرد ذلك بكفر اللقيط ورقه، اذ لا يثبت ذلك بمجرد اقراره، وان حكم بلحق نسب به ظاهراً، اذ الاصل الحرية والاسلام، لأنّه لقيط داره، اذ حكمه بالدار حكم باسلامه وحرّيته، ولهذا لو بلغ وعقل وأسلم وأنكر بنوته، لا بد من البيّنة على الظاهر.

وقال في الدروس: في ثبوت كفر اللقيط الملحق بالكافر مع البيّنة او الاقرار أوجه، ثالثها قول المبسوط ثبوت كفره مع البيّنة، لا بمجرد الدعوى، لأنّ البيّنة أقوى من تبعيّة الدار، وفي اللاحق مع عدم القول بالكفر إشكال، وينبغي ترجيح المسلم، فتأمل، وكذا في اللاحق بالكافر مع عدم القول بالرق. اشكال، وقالوا ايضاً لو ادعت امرأة ذلك لم يسمع، ان وجدت تلك الشرائط.

ولعل الفارق هو النصّ او الاجماع، فتأمل، فان القبول من الأب دون الأم غير ظاهر، بل معرفة الأم أظهر، فاقرارها أقرب الى القبول.

والظاهر انّ الأم مؤاخذه باقرارها، يعني يحكم عليها بمقتضى اقرارها فيما يضرّها، وأما اثبات النسب فوقوف على البيّنة، او تصديق اللقيط بعد قابليّة له.

قال في القواعد: الأقرب لاعتقار الأم الى البيّنة أو التصديق بعد

ويصدق المستقط في دعوى قدر الاتفاق بالمعروف، وإن كان له مال.

قال في الشرح: وجه القرب عموم، البينة على المدعي (١) خرج منه الأب بالاجماع، فبقى ما عداه على الأصل. ويفهم أن الدليل، هو الاجماع، وأنه لا اعتبار لتكذيب اللقيط لو بلغ، والظاهر عدم الفرق بين الابن والبنت.

قوله: ويصدق المستقط الخ. أي يصدق المستقط في دعوى انصاق مال اللقيط عليه، إذا كان قدر الاتفاق، لم يخرج عن المعروف، بل يكون معروفاً، (أي -خ) على وجه يقتضيه عرف ذلك البلد، وتعارف الاتفاق عليه، ولم يكن زائداً ذلك المقدار على مثل ذلك الولد، في مثل ذلك الرمان والمكان. وكذا إن كان الاتفاق من ماله في صورة الرجوع، وكذا لو كان قرضاً وكأن المصنف أشار بقوله: (وإن كان له مال) إلى دفع توهم أن يبعد أن ينفق من ماله مع وجود مال اللقيط، فلا يسمع انفاقه.

ودليله أنه أمين، وأنه يحتاج إلى النفقة، ولا بد له منها، ومع ذلك قوله ليس بخارج عن العرف، فيقبل مثل قبول قول الوصي في الاتفاق على الطفل ونحوه. وفي القواعد وغيره، وإن كان موسراً يرجع عليه، وآلاً فلا.

ودليله رواية المشي في الفقيه - في الباب المتقدم - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إن طلب الذي رثاه بنفقته، وكان موسراً رثه عليه، وإن لم يكن موسراً كان ما انفق عليه صدقة (٢) وصحته غير ظاهرة.

(١) راجع الوسائل الباب ٣ من جواب كيفية الحكم من كتاب القضاء ج ١٨ ص ١٧٠.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفي الوسائل عن مشي من حاتم بن اسماعيل

الدائني، وصدر الرواية هكذا قال النبود حرّان أحب أن يوالي غير الذي رثاه والآء فان طلب منه الحج. ورواه في الفقيه في باب ما جاء في ولد الزنا واللقيط ج ٣ ص ٨٦ الحديث ٥.

ولو تشاح ملتقطاه اقرع، وان كان احدهما معسراً.

ومثله رواه في باب الحيوان في التهذيب، عن قاسم بن اسماعيل (١).
قوله: ولو تشاح ملتقطاه الخ. يعنى لو التقط صبيّاً اثنان معاً دفعة واحدة، بحيث صار كل منهما ملتقطاً، فان رضى احدهما بحصانة الآخر وتربيته له، فالظاهر أنه يجوز ذلك.

وان تشاحا وتنازعا، وكلّ اراد ذلك، اقرع بينهما، لأنها متساويان ولا رجحان، ولكلّ حق، والتقسيم والتناوب (والتأديب - خ) يضرّ بحال الطفل، اذ قد يتألم بفارقة احدهما بعد كونه معه مدة، ونحو ذلك من الضرر، مثل اختلاف الأغذية والأطعمة، والأهوية، والمكان، والأخلاق، فليس إلا القرعة، ولا رجحان بفناء احدهما على الآخر، لأنه حق ثابت له، اذ ليس الفناء شرطاً في الالتقاط، ويحتمل الرجحان به، اذ حصول النفقة له عند الفناء ورفاهية حاله أسهل.

وايضاً قد يشتغل الفقير عنه بتحصيل القوت.

هذا مع تساويها في باقي الصفات، - من الضبط والشفقة وعدم المضايقة في الاتفاق - غير بعيد، واختاره بعض الاصحاب، نقله في التذكرة.

ورجح بعض ايضاً القروي على البدوي، وكذا البلدي عليها، وكذا قدم بعض من ظهرت عدالته بالاختبار على المستور.

هذا مع اشتراط العدالة والاكتفاء بالمستور كما اختاره في التذكرة، ينبغي ان يجعل سبباً للتقديم.

وقال في التذكرة: الحرّ مقدم على العبد والمكاتب، وان كان التقاطه باذن السيد، لأنّ العبد في نفسه ناقص، وليست يد المكاتب يد السيد، ونقل عن بعض

(١) التهذيب في باب اتباع الحيوان عن حنّ عن حاتم بن اسماعيل ج ٧ ص ٧٨ طبع النسخ ص ٧٨.

ولو تداعيا بنوته حكم بالبينة، فان فقدت فالقرعة، ولا ترجيح
لبد الملتقط.

الشافعية، تقديم المسلم على الكافر، مع كون اللقيط محكوماً بكفره، ليعلمه دينه
فيحصل له سعادة الدنيا والآخرة، وينجو من الرقة والقنغان ويتخلص من النار،
وهذا أولى من الترجيح باليسار (١)، وقال: ولا بأس به عندي، وهو جيد جداً.
ونقل عدم الرجحان بالذكورة والأنوثة، سواء كان اللقيط ذكراً أو أنثى.
وليس ببعيد تقديم الأنثى للأنثى، لأنها أولى لتربيتها، بل مطلقاً، لأنها
أشفق وألصق بالحضانة ان كان صغيراً.

وقال أيضاً: ولو خرج (أخرج - خ) القرعة لأحدهما، ليس له تركه والاخلاد
إلى الآخر، لأن الحق تميم عليه، فصار كالمنفرد، ونقل عن الشافعية أنه ليس له ان
يترك القرعة، ويخلد إلى الآخر، ويجعل الأمر إلى الحاكم، حتى يجعل له اميناً، او
يقرع بينهما، وقيل: يقرع بينه وبين صاحبه، فان خرجت القرعة باسمه، الزمه
الحاكم، وقيل يكتفي بالآخر.
والإلزام ليس ببعيد، اذ هو حق عليه لزمه، فالخروج عنه باشتاء نفسه
بعيد فتأمل.

قوله: ولو تداعيا بنوته الخ. قد مرّت الإشارة إلى أنه لو ادعيا بنوة لقيط
حكم للبينة، فان لم تكن أصلاً، او كانت لها فالحاكم هو القرعة، ولا ترجيح
يكون أحدهما ملتقطاً، فيجعل، كصاحب يد على المال يرجح مع عدم البينة، ومعهما
يرجح غيره، ان قلنا بترجيح الخارج، وآلا هو، لأن المراد هنا هو النسب، وهو
لا يثبت باليد، بخلاف المال قال هذا في القواعد (٢).

(١) يبي إذا كان أحدهما موسراً والآخر مسيراً.

(٢) في النسخة المطبوعة، قال: هنا كالقواعد الخ.

وفي الترجيح بالاسلام والحرية نظر.

وفي الترجيح يكون احدهما مسلماً، وكذا يكونه حراً نظراً لتساويهما، وعدم ثبوت كونها مرجحاً بنص ولا اجماع، ولأن الاسلام والحرية سبب مرجح واضح (١).

ويؤيده أن الولد محكوم بحريته واسلامه، ان لم يكن دار كفر، لم يكن فيها مسلم يمكن حصوله منه، فيدل على ترجيح جانبها، وهو ظاهر في المحكوم بها، لأن حفظ الاسلام الظاهري امر مطلوب شرعاً جداً، فلا يبعد هنا تغليب جانبها، وكذا الحرية، فإنه اقوى للمحفظ، وأبعد عن العار كما مر، ولأن الكافر قد يفتنه ويخرجه عن الاسلام، ويجعله كافراً، ولهذا شرط اسلام الملتقط، فينبغي حفظ ذلك، بل يجب، وان كان الولد ممن يحكم بكفره ايضاً، ولأن الظاهر حينئذ يلزم الحكم بكفر الولد، اذ يبعد كونه انشأ للكافر مع عدم كونه بحكمه، وكذا الكلام في الرقية، بل ينبغي عدم النزاع فيما اذا حكم باسلامه، واشتراط الاسلام في الملتقط مطلقاً، والعدالة كالمصنف، فلا ينبغي النظر، هذا.

ويبعد من الشيخ علي أنه ذهب الى اشتراط الاسلام في قيود الكتاب، وان لم يكن الولد ممن حكم باسلامه، بل بكفره لسبب يكفره، مع أن ظاهر التذكرة، وشرح الشهيد للمتن أنها الخلاف في اللقيط المسلم، فإنه يجوز للكافر اخذ الكافر، فتأمل.

وقال: ولا ترجيح بالاسلام في القيود على الكتاب، وقال في شرح القواعد: والظاهر عدم الترجيح سواء كان الالتقاط في دار الاسلام او دار الكفر. ولكن الظاهر ما اختاره في شرح القواعد (٢) مذهبه في لقيط الكافر،

(١) يعني ولأن كون الاسلام والحرية سبباً مرجحاً واضح.

(٢) قال في شرح القواعد هكذا قوله (أي المصنف): ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لظنه، ان الاول علاقته بمنع ثبوت سبيل الكافر على المسلم ولأنه لا يؤمن من ان يفتنه عن دينه فان التقطه لم يضر يده واما

وَمِلْكُكَ أَخَذَ الْبَعِيرَ إِذَا تَرَكَ مِنْ جَهْدٍ فِي غَيْرِ كَلَاءٍ وَمَاءٍ،
وَلَا ضَمَانَ.

حيث قال: وأما الثاني أي صحة التقاط الكافر لمطله اشتراط اسلام الملتقط.
فلقوله تعالى: وَالَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ أُولَئَاءِ بِمِصْرٍ (١) فيكون هذا مستثنى
من اشتراط العدالة عند المصنف.

وفيه إشارة الى مذهبه، ولا صراحة في هذه الآية، لأن سوقها أن الكفار
بعضهم يحتم البعض، لا أنه وليه الشرعي، فتأمل.

قوله: وَمِلْكُكَ أَخَذَ الْبَعِيرَ الْخ. أي يملك أخذ البعير، إذا ترك من جهد
ومشقة، في غير كلاء ولا ماء، وكذا إذا كان مريضاً، ولا ضمان (عنه - خ) أي
ليس عليه عوض، ان جاء صاحبه، فزط او لم يفزط، فليس مثل لقط الاموال يملكه
ويضمنه لصاحبه، ولكن ان كان العين باقية، فيمكن ان يكون للمالك أخذها اذا
خروجها عن ملكه الذي كان - ودخولها في ملك الآخذ دخولاً لازماً - غير ظاهر،
والاصل عدمه، فيحكم الاستصحاب بجواز الأخذ منه، ان كانت باقية، ويكون مثل
المسألة الغير اللازمة، ولا يكون حينئذ للآخذ على المالك اجرة وعوض لما تعب
وانفق عليه، لأنه متبرع قاصد نفعه.

ويؤيد الرجوع الى العين ايضاً، أنه يرجع في اللقطة، كما سيجيء، وعموم
رواية عبدالله بن حماد، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: من وجد شيئاً فهو له
فليتمتع به حتى يأتي (يأتي - ثل) طالبه، فإذا جاء طالبه رده اليه (٢).

فهى عامة في جميع ما يجرد، والبعير منه، ولكن الرواية غير صحيحة ولا

الثاني فلنقوله تعالى: وَالَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ أُولَئَاءِ بِمِصْرٍ، الى آخر ما نقله.

(١) الاحزاب: ٧٢.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه كما في الكافي ايضاً، عن عبدالله بن حماد، عن

أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام.

صريحة، وغيرها ايضاً.

ولكن في الضالة بعد التعريف مثل صحيحة علي بن جعفر عليهما السلام (١) وليس البعير منها.

ويحتمل ان يملكها بحيث لا رجوع له اصلاً، اختاره في الدروس.
لعل دليله الاعراض والخروج عن ملكه، ودخوله ثانياً يحتاج الى دليل،
لعله لا نزاع في خروجه.

وصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: من اصاب
مالاً او بعيراً في فلات من الأرض، قد كَلَّتْ، وقامت، وسيئها صاحبها مالم
(مات - كا) لم يتبعه، فاخذها غيره، واقام عليها، وانفق نفقة، حتى أحيّاها من
الكلال ومن الموت، فهي له، ولا سبيل له عليها، وأما هي مثل الشيء المباح (٢).
وهذه كالصريحة في المطلوب، فافهم.

وما في رواية السكوني المتقدمة، وان كان تركها في خوف وعلى غير ماء
وكلاء فهي لمن اصابها (٣).

وما في رواية مسمع المتقدمة، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: ان أمير
المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن عطفها او
نفقتها، فهي لذئ أحيّاها (اصابها - خ) (٤).

وأيضاً عنه عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته،
فقال: ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء، وان تركها في

(١) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة حيث ج ٢ ص ١٧ من ٣٧٠.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة للرواية ٤.

(٤) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

غير كلاء وماء، فهي للذي أحيأها (١).
وهذه هي أدلة أصل الحكم، فمن قال بالأصل ينبغي أن يقول به ويبطل
بها حكم الاستصحاب.

والرواية المتقدمة (٢) غير صحيحة ولا صريحة، ولا يمكن تأويلها بمشها، بأن
يقال المراد به ما لم يحىء صاحبها وطالبها (٣) - حيث قيد في الرواية الأولى، إذ قوله:
لا سبيل له عيب، وهو كالشيء المباح - كالصريحة في أن ليس له المطالبة (٤)، فلا
يمكن تقييدها به.

ويمكن العكس، بأن يكون المراد فيها غير البعير الذي أحيأه الآخذ من
الموت، وسيبها مالكها، جمعاً بين الأدلة، وهو أولى، وهو ظاهر.
ولأنه تعب، فلا يعقل إخلاله له، ثم تكليفه بالإعطاء مجاناً، وهو خلاف
حكمة الواجب.

وبالجملة الظاهر العمل بضمون الرواية الصحيحة في الكافي
والتهذيب (٥).

ولعل المراد بالمال فيها دابة أخرى غير البعير لا مطلق المال بقرينة (قد كُتبت
لخ) ووجود الدابة في الأخيرتين وعدم ظهور دليل في مطلق الأموال، بل ظهور
دليل خلافة.

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللفظة في الرواية ٣.

(٢) الظاهر أن المراد بها رواية عبد الله بن حماد المتقدمة.

(٣) في نسختين المخطوطتين: 'أن يقال المراد ما لم يحىء صاحبها وطالبها، وفي نسخة المطبوعة، بأن

يقال المراد ما لم يحىء صاحبها وطالبها.

(٤) في نسخة مخطوطة، كالصريحة فإن ليس له المطالبة، والصواب ما أثبتناه.

(٥) المراد بها رواية عبد الله بن عثمان المتقدمة.

ويتخير أخذ الشاة من الفلاة، بين تملكها، والضمان، وبين
الابقاء امانة، أو الدفع الى الحاكم، لبيعها لصاحبها، أو حفظها، ولا ضمان

قيل وإن الضابط الاعراض على وجه لا يريد عدم العود، وكونها بحيث لو لم
يأخذها الآخذ تموت فأحيائها من الموت، سواء كان لعجزها عن نفقتها كما يذن
عليه رواية السكوني المتقدمة (١) اوتبعها او عدم تبعيتها للمالك، وسواء خلاها في
الماء فقط دون الكلاء او بالعكس، او مع عدمها (عدمها - خ) بل فيها بحيث
لا تقدر على الانتجاع بها بنفسها لمرضها وتعبها، وإن كان ظاهر روايتي لسكوني
ومسمع عنه عليه السلام، أنه لا تد لجواز اخذه من عدمها.

وفي شرح القواعد: أن قول لعير المؤمنين عليه السلام - أنه ان تركها في غير
كلاء ولا ماء فهي للمذي احيائها (٢) - أن المتروكة في كلاء ولا ماء هناك
وبالعكس، تؤخذ لاتتفاء الامرين، ولأنها لا تعيش بدون الماء وضعفها يمنعها من
الوصول اليه، وفيه تأمل لا يحنى.

واستشكل في القواعد رد المين مع الطلب، فهو ظاهر في عدم الاشكال في
عدم الرد مع التلف مطلقا، ومع عدم الطلب.

ولا شك أنه أي ترك الطلب لصاحب المال أحوط وأولى، وإن كان
الاحتياط للأخذ رده عليه او تملكه باذنه صريحا فتأمل.

قوله: ويتخير أخذ الشاة من الفلاة الخ. دليل حواز اخذ الشاة أنها
لقطة، فتدخل تحت أدلة جواز اخذها.

وقد يفهم الاجماع من التذكرة عليه، قال ولو وجد شاة في فلاة او مهبكة
كان له اخذها عند علمائنا، ويدل عليه وعلى التملك أيضاً الروايات المتقدمة مثل
صحيحه معوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سأل رجل رسول الله

صلى الله عليه وآله عن الشاة الضالة بالفلاة؟ فقال للسائل: هي لك أولا خيك أوللذئب (١).
ومثلها صحيحة الحلبي (٢) وظاهرهما التملك من غير ضمان وعوض.

ومثلها حسنة هشام بن سالم (٣).

وستشكل في القواعد والتذكرة الضمان، ويفهم عدم الضمان من الروايات الدالة على عدم الضمان في البعير، فتأمل.

ويذكر عني وجود الضمان، على اليد ما أخذت (٤) واستصحاب بقاء مال المالك على ملكه، وأدلة رد المال الملقوط الى صاحبه، مثل من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتي طالبه فإذا جاء طالبه رده اليه (٥) ولا ينافي ذلك مما في الروايات المتقدمة مثل قوله: (لك) (٦) لأن معناه الانتماع به أو كونه له غير مستقر ولازم كسائر الاموال الملقطة، ولهذا موحود في المال الملقوط، أنه كسبيل ماله في الصحيح من الروايات المتقدمة.

مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، في اللقطة يجدها الرجل الفقير أهولها بمنزلة الغني، قال: نعم، واللقطة يجدها الرجل ويأخذها قال: يعرفها سنة، فإن جاء لها طالب، وآلافه كسبيل ماله، وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسوها (٧) وغيرها من الروايات.

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية الأولى بالسند الثالث.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٤) عوالي اللئالي ج ١ ص ٢٢٤ الحديث ١٠٦ وص ٣٨٩ الحقيقت ٢٢ وج ٢ ص ٤٤٥ الحديث ١٠ وج ٢

ص ٢٤٦ الحديث ٢ وغيرها من المولود الآخر.

(٥) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وهي ما رواه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام.

(٦) راجع الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٥ - ٧.

(٧) الوسائل الباب ١٦ من كتاب اللقطة الرواية ١ بالسند الثالث وقطعة منها في الباب ٨ من ذلك

مع انهم يقولون يجب ردها الى المالك اجماعاً.

وهذه ونحوها تدلّ على ردّ الشاة ونحوها ممّا يدلّ على ردّ اللقطة، فإنها المان الملقوط، فهي داخلة فيه.

مثل صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن اللقطة؟ قال: لا ترفعوها، فإن ابتليت بها فعرفها سنة، فإن جاء طالبها، وآلا فاجعلها في عرض مالك، يجري عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيء لها طالب (١).
وهما يدلان على المنع والكراهة من أخذ اللقطة مطلقاً.

ويدلان على التعريف في الشاة أيضاً، والاخيرة تدلّ على جواز حفظ النقطة والأمانة مثل حفظ ماله، لا ازيد، فافهم.

ويدلّ على الضمان أيضاً الروايات الكثيرة الدالة على أنّ الضالة لا يأكلها إلا الضالون مثل رواية جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الضالون لا يأكلها إلا الضالون، إذا لم يعرفوها (٢).

ورواية وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، قال: سألته عن جعل الآبق والضالة؟ قال: لا بأس، وقال: لا يأكل من الضالة إلا الضالون (٣).

ويدلّ عليه أيضاً صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام، قال: سألته عن اللقطة، إذا كانت جارية هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا إنما يحلّ له بيعها بما انفق عليها وسألته عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها

الكتاب الرواية ١ وقطعة منها في الباب ١ من ذلك الكتاب الرواية ١.

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٤.

(٣) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ٧.

فيعطيا إياه، وإن مات أوصى بها وهو لها ضامن (١).

وهذه تدل على بيع الملتقط الملقوط بنفسه من غير إذن الحاكم في الانفاق، وجواز حفظ الامانات مثل ماله، والضمان دائماً، بحيث تجب الوصية، وليس بمخصوص بمجيء صاحبه، فتأمل.

ويمكن فهم اعطائها للمالك بالوصف والمعرفة، ولا يحتاج الى الثبوت عند الحاكم وأمره، وكذا يفهم من غيرها أيضاً، فافهم.

وصحيحة صفوان الجمال أنه سمع ابا عبد الله عليه السلام يقول: من وجد ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فأنها لربها ومثلها من (عن-خ) مال الذي كتبها (٢).

وانت بعد التأمل في هذه الأدلة تجد أنها تدل على عدم الفرق بين الشاة ومافي حكمها من صغار الابل والبقر ونحوها، وبين غيرها في وجوب التعريف، وجواز التملك، والتصرف مع الضميمة.

وأن تخصيص الانخبار العامة التي تدل على أنها للآخذ، بأنها بعد التعريف وجوز التصرف فقط مع عدم اللزوم أولى من تخصيص العاقبة الدالة على وجوب التعريف بنير الشاة، اذ قد صرح في بعضها - الصحيحة المتقدمة - بتعريف الدابة والضالة وجواز الانتفاع بها بعده، فلا يمكن ان يقال: ليست الدابة والضالة الا الشاة في لفلاة ونحوها، اذ لا تعريف لغيرهما ولا يجوز أخذ غيرهما على المشهور الا البعير المملوك بدونه، عندهم.

وبالجملة عندهم لا تعريف لغيرهما (٣) من الدابة والضالة، فيمكن حمل

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٨، وروى ذيله في الرواية ١٢ من هذا الباب وفيه

وان مات أوصى بها، فان اصحابها شيء فهو ضامن.

(٢) الوسائل الباب ١٤ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب لغيرها.

وكذا صغار الممتنعات.

الاحبار الكثيرة الصحيحة على ذلك، مع امكان الحكم، مشكل (١)، اذ لا دليل على ذلك، فيشكل حل ما يندل على التعريف والضمان على غير الشاة فهذا متين قوي.

لا العكس الذي قاله في شرح القواعد، حيث قال: وليس تقييده أي قوله: (هي لك) بالتعريف أولى عن تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة، وهذا قوي متين (٢)، على أنه ينبغي بما عدا الداة.

وأن مجرد عدم الأولوية لم يصيره قوياً ومتيناً وموجباً للفتوى، وقد افنى في الحاشية بعدم التعريف، وقرنه في التذكرة ايضاً، فتأمل.

وأما دليل دليل التفسير على ما احتاره المصنف والاكثر فهو أنه مال التقطه، وله تملكه مع الضمان، بالرواية كسائر اقسام اللقطة او تبقيته في يده امانة لئمالك، فلا ضمان، للأصل، ولأنه أمين أخذ شيئاً للحفظ، للمالك، فلا يضمن، ويجوز دفعه الى الحاكم ايضاً، لأنه نائب الفياض، ومنصوب للمصالح.

وقد يلتزم الاخذ فيده يد المالك، فيما لم يكن حاضراً.

ويمكن وجوب قبوله على الحاكم، كما مر في الوديعة، ثم الحاكم يفعل ما يقتضيه رأيه واجتهاده، فان اقتضت المصلحة بيعها يبيعها ويحفظ ثمنها له، او يحفظها بنفسها، ان كانت المصلحة فيه، وعلى التقديرين لا ضمان عليه ان تلف بنفسها او ثمنها للأصل، ولأنه أخذه، بالوكالة والسيابة، والوكيل غير ضامن إلا مع التفريط ويفهم من المتن وغيره ان صغار الابل والبقر في الفلاة حكمها حكم الشاة

(١) هكذا في جمع النسخ ولا يخفى ما في العبارة من عدم السلامة.

(٢) عبارة شرح القواعد هكذا: وهل يجب تعريف الشاة للأخوة من العلاء؟ قال في التذكرة: لا، لعدم، لظاهر قوله عليه السلام: (هي لك لو لا تخيك لو لا ثقب) فان المتبادر منه تملكها بغير تعريف، وليس تقيده بالتعريف الخ.

ولو اخذ الشاة في العمران، حبسها ثلاثة ايام، فان لم يأت صاحبها، باعها، وتصدق بالثلث.

العاجز في الفلاة، وقال في شرح القواعد: اسنده (اسندها - ح) في التذكرة الى عمائنا، وقال في التذكرة: - بعد قوله: ولو وجد شاة في الفلاة او في مهلكة كان له اخذها عند عمائنا - وهذا الحكم في الشاة وغيرها من صغار الانعام التي لا تمتنع من صغار السباع، انما يثبت لو وجدها في الصحراء او في موضع ملهكة، وانما اذا وجدها في العمران، فانه لا يجوز له التقاطها بحال الخ.

وقد نقلناه فيما تقدم ايضاً، وكأنه فهمه من هذا الكلام، وفي الفهم تأمل. ثم على تقدير التسليم ليس بصريح في الاجماع، ولا دليل عليه سوى القياس المستنبط من قوله: (هي لك الح) فجرد ذلك، الحكم لا يخلو عن جرئة، اذ لعقل والنقل دلا على عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه، وكأنه لذلك توقف فيه المحقق، كما قال في الدروس: توقف المحقق في نظراً الى مورد النص.

قوله: ولو اخذ الشاة الخ. يفهم عدم الخلاف من التذكرة في عدم جواز الأخذ، والاصل يؤيده، وقد تقدم البحث في ذلك ايضاً في الجملة.

وقال في التذكرة: ما يوجد من الحيوان قريباً من العمران حكمه حكم الموجود في العمران، للعادة القاصية بأن الناس يشترون دوابهم قريباً من عمارة البلد الخ.

وقال ايضاً: قد بينا انه لا يجوز اخذ الشاة وشبهها في العمران، خلافاً لاحمد، فان اخذه لم يجز له تملكها بحال، بل يتخير اخذها بين الامساك لصاحبها امانة - وعليه نفقتها من غير رجوع بها، لتبرعه حيث اخذها في موضع المنع -، وبين دفعها الى الحاكم، لأنها من المصالح، ولو تعذر الحاكم انفق ورجع بالقيمة، ولا فرق في ذلك بين الحيوان الممتنع وغيره، ولو وجد شاة في العمران حبسها ثلاثة ايام، ثم تصدق بها عن صاحبها، ان لم يأت، او باعها، ويتصدق بثمنها - الى قوله: -

ولو أخذ غيرها احتفظها، وانفق عليها من غير رجوع، أو دفع

والأقرب أنه يضمن، وقد روى ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام، أنه قال: جائي (جاء - يب ثل) رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام، ويسأل عن صاحبها، فإن جاء صاحبها، والآبعتها وتصدق بثمنها (١) الخ.

وانت تعلم أن الذي يقتضيه العقل والنقل الضمان على تقدير القول بعدم جواز الأخذ، فانه يصير غاصباً، فيكون حكمها حكمه. وكأنه إليه أشار بقوله: (والأقرب الضمان)، وإن كان ماسبقه وما تأخره يدل على علمه، وهو ظاهر.

وأن الاتفاق من ماله على تقدير الإمانة غير مناسب، وكذا، التخير على تقدير عدم الجواز غير مناسب، وكذا الرجوع بالاتفاق مع تعذر الحاكم، فتأمل. والحكم المذكور في الشاة سنده الرواية المذكورة (٢) مع عدم ظهور الصحة. بن ضميقة لوجود محمد بن موسى الهمداني (٣)، قيل: ضعيف، وكان يضع الحديث، ومنصور بن العباس الذي قيل فيه أنه مضطرب الأمر، والحسن بن علي بن الفضال قيل فطحي، وكذا عبدالله بن بكير، وخلاف الأصل والقوانين. وليس فيها العمران، كأنه حملت على العمران للاجماع على عدم ذلك في غير العمران.

لكن الحكم مشهور، وعلى تقدير ثبوته فيها، لا ينبغي أن يتعدى إلى غيرها. وكأنه إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (ولو أخذ غيرها الخ) لعل مراده أنه

(١) الوثائق الباب ١٣ من كتاب النقط الرواية ٦ ج ١٧ ص ٣٦٥.

(٢) تقدم ذكرها آنفاً

(٣) وسندها - كما في التهذيب هكذا، محمد بن أحمد بن يحيى عن محمد بن موسى الهمداني، عن منصور

بن العباس، عن الحسن بن علي بن فضال، عن عبدالله بن بكير، عن ابن أبي يعفور.

الى الحاكم، ان وجدته.

ولو اخذ غير الممتنع في الفلاة، استعان بالسلطان في النفقة،
فان تعذر، انفق، ورجع مع نيته، على رأي.

ان اخذ غير الشاة من امثالها في العجز عن صغار السباع مثل صغار الابل والبقر او
غيرها مطلقا في عمران، يحفظه (تحفظ - خ) عنده حتى يجيء مالكة، ويجب أن ينفق
عليه لحرمته، لكونه ذاروح، ولا يرجع الى مالكة فيه، او دفعه الى الحاكم، ان
وجده، وان لم يجد المالك، ويبرأ بالتسليم اليه.

والظاهر أنه يكون ضامناً، لأنه اخذ ما لا يجوز له اخذه، وهو المناسب لقوله
(بوجوب لا تفاق عليه) مع عدم الرجوع، وان نوى الرجوع، بل يمكن مع دفعه الى
الحاكم ايضاً ان يكون ضامناً، حتى يصل الى يد المالك لقوله صلى الله عليه وآله:
على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) وغيره.

ولعل دليل سقوط الضمان مع دفعه الى الحاكم كونه وكيل المالك (وكيلاً
للمالك - خ)، وأنه محسن ولا سبيل عليه (٢) وهويدين على جواز الأخذ، ومع وجوب
نفقة الدابة على صاحبها يدين على جواز الرجوع.

والاحسان في محل المنع، فإنه تصرف في مال الغير بغير اذن (الاذن - خ)،
وهو غصب، فيلزم بالنفقة ايضاً، وان كانت واجبة على المالك، إذ قد يطعمه
ملاقيمة له مثل ان يرعاه في الصحراء من غير اجرة، وكذا كون الحاكم مطلقاً
وكيلاً.

قوله: ولو اخذ غير الممتنع الخ. أي ان اخذ غير الشاة مما لا يمتنع عن
صغار السباع، مثل ولد الابل والبقر والحمار والبغل ونحوها.

(١) عوالي نشالي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦ وص ٣٨٩ ح ٢٢.

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل - التوبة ٩١.

هذا هو الظاهر، ولكن يجب ان يراد منه غير صفار (١) المتبعات، لأنه قد مر أن حكمها حكم الشاة في الفلاة سواء كان في كلاء وماء ام لا، والفرق بينه وبين ماتقدمه - بأنه هناك اخذها في العمران وما في حكمه من القرب وهما اخذها في الفلاة - غير ظاهر.

وظاهر القوانين وكلامهم عدم حواز الاخذ هنا ايضاً، لما مر، إلا أن الأخذ هنا أولى، لأنه في معرض التلف، فالأخذ محسن لا مسيل عليه، فلا يكون ضامناً، بل يحفظ عنده أمانة، ويستعين بالحاكم للاتفاق، فيعطيه من بيت المال، لأنه من المصالح والآ يتفق عليها (عليه - خ) ويرجع مع قصده.

ينبغي باذن الحاكم، بل في الحفظ ايضاً، ولكن يجري فيه ماتقدم خصوصاً اذا قالوا بعدم الجواز فلا احسان حينئذ، فيكون ضامناً، وغاصباً، وينفق ولا يرجع.

واعلم أن الفرق بين صفار المتبعات (٢) وغير المتبوع - حيث جعل حكم الاول في الفلاة حكم الشاة دون الثاني - غير ظاهر، وكذا الاستعانة بالحاكم، فإن الاتفاق لمك مالك لا يستعان له بالحكم، بل يستقرض عليه او يبيعه فيه او يعطي من عنده مع الرجوع، ان كان أميناً، وآ يتفق من ماله، ولا (٣) يرجع، وايضاً فان لم يكن حكم غير المتبوع في الفلاة حكم الشاة، لا يجوز اخذه، لعدم الدليل، وبالحمدية هذا المتن مشكل، فتأمل ولهذا، هذا القسم الثالث غير موجود في العبارات، بل جعل فيها حكم غير المتبوع مطلقاً حكم الشاة، لما مر، وهذا من خصائص الكتاب.

(١) في النسختين صفار المتبعات (من غير لقطه غير).

(٢) حيث قال فلتس سرّة: وكذا صفار المتبعات.

(٣) في النسختين المخطوطتين: وآ ويرجع، والقول بالثبوت.

وكذا ينفق على العبد، لو التقطه.
ولو انتفع باللبن أو الظهر أو الخدمة قاصّ، على رأي.

قوله: وكذا ينفق على العبد الخ. قد مرّ أيضاً أنه يجوز بل يجب التقاط العبد الصغير الغير المميز الذي لا يستقل بحفظ نفسه، فإن عرف مالكة يسلمه اليه، ولا يكون ضامناً حينئذٍ إلا مع التضييق والافراط، لأنه محسن، بل حينئذٍ ليس من الالتقاط، والآ يحفظه عنده امانة ايضاً، كسائر الاموال الملقوطة ايضاً، ويسفق عليه، ذ نفقته تجب على مالكة، فيستقرض عليه، او ينفق من نفسه، ويرجع عليه، وقد مرّ دليله ايضاً.

قال في التذكرة: ولو وجد مملوكاً بالغاً او مراهقاً لم يجز له اخذه، لأنه كالفضالة المستنعة من دفع الموزنيات عنه، ولو كان صغيراً كان له أخذه لأنه في معرض التلف، والمال اذا كان بهذه الحال جاز اخذه، وهو نوع منه، واذا اخذ عبداً صغيراً يحفظ لم يدفع الى مدعيه، ولا يكفي الشهادة على شهود الاصل بالوصف، لاحتمال الشركة في الاوصاف، بل يجب احضار شهود الاصل، ليشهدوا بالعين، وان تعذر لم يجب نقل العبد الى بلدهم، ولا يبعه على من يحمّله، ولو رأى الحاكم ذلك صلاحاً جان ولو تلف قل الوصول او بعده، ولم يثبت دعواه ضمن المدعى قيمة العبد والأجرة.

قوله: ولو انتفع باللبن الخ. يعني لو انتفع بلبن الحيوان المأخوذ في موضع جوار اخذه - وعكس الاعتم فشربه او باعه وأكل ثمنه او بظهره بان يركبه (ركبه - خ)، ويمكن اجارته لذلك وأخذ الاجرة. او لخدمته بان يستخدمه - قاصه، يعني ينظر الى مقدار النفقة واجرة الخدمة والركوب وثمر اللبن، فان تساوى، والآ وان كان عنده زائداً يعطيه مالكة، وناقصاً يأخذه من صاحبه، هذا هو مقتضى القوانين، لأنّ كلّ حق عند آخر، فيحوز ان يتقاصاً، كسائر الحقوق.
ونقل عن الشيخ أنه قال: اللبن والظهر والخدمة لمن انفق مطلقاً من غير مقاصّة، يكون

ذلك بازاء النفقة.

ولعله حمل على الرهن، اذ اختياره فيه ذلك تعويلاً على رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه عن آبائه، عن علي عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظهر يركب اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركبه نفقته والذريشرب (ويشرب لذرفيه) اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته (١).

فان كان التعويل على هذا فهو ضعيف، بمنع اللاحق أولاً، ويضعف سند المبحق به ثانياً، وعدم دلالة الرواية ثالثاً، قلت: لا دلالة فيه على الخدمة.

ولحمل تعويله في الرهن على غيرها، مثل صحيحة أبي ولاد، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يأخذ الدابة والبعر رهناً بماله اله ان يركبه؟ فقال: ان كان يعلمها فله ان يركبها وان كان الذي رهنه عنده يعصفها، فليس له يركبها (٢).

وفيما نحن فيه بمثل صحيحة ابن محبوب، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن اللقيطة؟ فقال: لا تباع ولا تشتري، ولكن تستخدمها بما انمقت عليها (٣).

ولكن خلاف القواين والرواية قاصرة، اذ لا دلالة فيها على كل ما قاله، وليست بصريحة في عدم المقاصة ايضاً، بل يدل على جواز الاستخدام بالانفاق، ويحتمل مع ذلك الرجوع بالزيادة والرد في التقيصة.

وظاهرهم أنه يجوز ذلك الانتفاع مع التخاص، من غير اذن الحاكم ايضاً، وهو ظاهر الرواية في الاستخدام بالنفقة، ويمكن غيره ايضاً، فتأمل واحتط.

(١) الوسائل الباب ١٢ من كتاب الرهن الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٢ من كتاب الرهن الرواية ١.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ كتاب النفقة الرواية ٤ وفيه عن ابن محبوب، عن محمد بن أحمد، قال: سألت

ابا عبد الله عليه السلام النخ.

ولقطة غير الحرم ان كانت دون الدرهم يملكها الواجد، والآ
وجب تعريفها سنة.

وله ان يعرف بنفسه، وبغيره، فان جاء صاحبها (فلم يخ) والآ
تخير بين الملك، والضمان، وبين الصدقة، والضمان، وبين الإبقاء
أمانة، ولا ضمان.

قوله: ولقطة غير الحرم الخ. إشارة إلى أحكام لقطة الأموال غير الإنسان والحيوان.
قال في التذكرة: وهو كل مال ضائع أخذ، ولا يد لأحد عليه، لعل المراد
غيرهما لأنه المتبادر، فكأن المال الضائع صار اصطلاحاً في ذلك، كما يقولون
وجدت لقطة (١)، ما يريدون إلا ذلك، قال: ان كان في الحرم لم يجز تملكه عند
أحد من عمامنا اجمع، وفي جوار التقاطها قولان، ولا خلاف في الكراهة الشاملة
للتحريم لعل المراد المال الكثير أي الدرهم وما فوقه، اذ يوجد من قال بتملك القليل.
ولهذا قال في التذكرة في موضع آخر: الأقرب عدم الفرق في تحريم التمسك
بين القليل والكثير.

ونقل في شرح الشرايع عن التحرير تجويزه تملك القليل، بل يوجد من قال
بتملك الكثير أيضاً، مثل أبي الصلاح نقله في شرح الشرايع لعله ما اعتبر خلافه في
شرح الشريع، فتملك لقطة الحرم التي هي غير الإنسان، والحيوان حرام على المشهور
بالعقل والنقل الدالين على عدم تملك مال الغير إلا برضاه.

وأما أخذها لحفظها للمالك، فقليل مكروه، ودليلها عموم أدلة كراهة
مطلق اللقطة، وقد مرّت وسيجيء أيضاً.

وخصوصاً (٢) رواية أبي بصير، عن علي بن أبي حمزة، عن العبد الصالح موسى

(١) في النسختين المخطوطين: وجدت وقطعت.

(٢) في النسخة المطبوعة، خصوصاً بدون (واو) ولعل الصواب وخصوصاً رواية الخ.

من جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجل وُجد ديناراً في الحرم، فأخذه؟ فقال: بش ما صمغ، ما كان ينبغي له أن يأخذه، فقلت (قال: قلت - خ) قد ابتلى بذلك، قال: يعرفه، قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغياً قال: يرجع به الى بلده، فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين، فان جاء طالبه فهو له ضامن (١).

ظاهرها الكراهة للقطة (ينبغي) فيحمل عليها (ش ما صمغ) للاصل. ولعدم الصحة لوجود وهيب بن حفص المشترك (٢) بين له من كتاب وبين من وقف وهذا في باب لقطة التهذيب ووجود ابن جلد في باب زيادات حج التهذيب (٣) وعلي بن أبي حمزة، كأنه الواقفي الضعيف جداً، لأنه البطائي، لنقل أبي بصير عنه، فان البطائي هو قائده، ولكونه من رجال أبي الحسن عليه السلام. وفيها دلالة على التعريف في لقطة الحرم ايضاً في اجمة، وفي أي موضع كان كاف، وأنه لو وجد طالباً، لأعطى من غير اذن الحاكم، وثبوته عنده، بن ثبوته عنده كاف، فافهم.

وعلى تصدقه من غير كونه فوراً بعد رجوعه الى بلده وعلى اهل بيت من المسلمين. وعلى الضمان بعد التصديق.

والظاهر التحريم، لأنه تصرف في مال الغير بغير اذنه، وهو منفي عقلاً ونقلاً وشرعاً كتاباً وسنة (٤) واجماعاً ولوجود (لا تمس) و (بش) و (لا ترمع) في

(١) الوسائل للباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) مسدها - كما في التهذيب هكذا - الصحاح عن محمد بن الحسين بن الخطاب، عن وهيب بن حفص، عن أبي بصير، عن علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام.

(٣) ورد هذه الرواية في الوسائل في الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الرواية ٣، ومسدها هكذا: موسى بن القاسم، عن ابن حجلة، عن علي بن أبي حمزة، عن العبد الصالح عليه السلام.

(٤) لشارة الى قوله تعالى: ولا تأكلوا اموالكم بكم بالباطل. النساء ٢٩ والنسبة. لا يحل مال امرء

مسلم بغير اذنه.

الاجماع (١).

وقال في الدروس: والكراهية قوية اذا بلغت درهماً، ولو نقصت عنه حلّ تناولها، ومكنت كما تملك في الحلّ على الأقرب.

لعل ما اعتبر اجماع التذكرة ونظر الى عموم رواية جواز تملك الأقل، وهي مارواه محمد بن أبي حمزة (الثقة في الحسن) عن بعض اصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: سألت عن النقطة؟ قال: تعرف سنة قليلاً كان او كثيراً، وما كان دون الدرهم فلا تعرف (يعرف - خ) (٢).

على أنّ هذه غير صحيحة كما ترى ولا صريحة في التملك، بل وعدم التعريف فقط، وخلاف العقل والنقل، وخلاف عموم أدلة المع والكراهة، فأنه غير مقيد بالقلة والكثرة، مع مخالفتها لنقل اجماع التذكرة، على الطاهر، فتأمل.

وبالجملة كلام الدروس غير طاهر، لأنّه ان اعتبر الشهرة والاجماع المنقول لا الدليل، ينبغي ان يقول بعدم تملك لقطة الحرم، بل تحريمها ايضاً، فأنه المشهور، قاله في شرح القواعد، والّا ينبغي (فينبغي - خ ل) أن لا يقول بجواز تملك القليل في غير الحرم ايضاً وعدم تعريفه، اذ ليس له غير الشهرة، والاجماع دليل واضح.

الّا ان يقار: أنّها الاجماع في الدرهم وما (فما - خ ل) فوق في الحرم لافياً دون وعيه تحمل عبارة التذكرة، لأنّه قال في موضع آخر: الأقرب أنّه لا فرق بين لقطة حرم فيمادون الدرهم، كما في الزائد عليه، لحرمية الحرم الشاملة للقليل ولكثير، وبالجملة الخلاف موجود، بل من العلامة حيث نقل عنه أنّه في التحرير جواز تملك القليل وتردد في تحريم لقطة الكثير، فتأمل.

(١) رجع الوسائل الباب ١ من كتاب النقطة والباب ٢ من الرواية ١٠ و ١١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب النقطة الرواية ١.

فأخذ عوض العين بناء على أن ليس له الآ العوض أو أخذ عوضه بالتراضي ضمن
لثاني أيضاً العوض، إذا ادعى واثبت كونه له بالبينة، مع حكم الحاكم على كل
حال، سواء كان مع بيعة الأول حكم الحاكم أم لا، والفرق أنه حينئذ إعطاء
الأول مال نفسه، لأن الذي ثبت في ذمته أمر كلتي أنها يتعين إذا وصل إلى
صاحبه، وما علم كون الأول هو صاحب، إذ قد يكون للثاني، لعدم الرجحان.
نعم لو كان له بيعة راجحة لم يضمن، وأما رجوعه إلى الأول فهو غير ظاهر،
الآ أن يقيّد بكون بيعة الثاني راجحة، وهو ظاهر، فتأمل.

أعلم أنه قد مر في كثير من الأخبار ما يدل على عدم التصريف، مثل ما في
الصحيح - عن اسحق بن عمار - بعد سؤال أهل المنزل قال له الإمام عليه السلام -
تصدق بها (١).

وموثقة زرارة - لابن بكير - قال الصادق عليه السلام: هذا مما جاء به
السل وأنا أريد أن أتصدق به (٢).

وفيه دلالة على جواز التأخير في التصديق.

وصحيحة البرنظي - في الطير الذي قبضه إذا عرف صاحبه يردّه عليه - وإن
لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له، وإن جاثك طالب لاثمه، رده عليه (٣).
وهذه تدل على جواز الرد إذا لم يكن الطالب متهماً.

وفي رواية يونس بن عبد الرحمن ولا يعرف بلد صاحبه، قال له

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٢) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ٣ وسندها - كما في التهذيب - هكذا: الحسين بن سعيد،

عن فضالة بن أيوب، عن ابن بكير عن زرارة.

(٣) الوسائل للباب ١٥ من كتاب اللقطة الرواية ١.

عنه السَّلام، فأباحه له.

ويؤيد هذا ما قال في الفقيه، وروى الحنَّان، عن داود بن أبي يزيد، عن أبي عبد الله عليه السَّلام، قال: قال له رجل: أتني قد أصبت مالاً وثني قد حُصت فيه عن نفسي، فلو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلَّصت منه، قال: فقال له أبو عبد الله عليه السَّلام: والله أن لو أصبتك كتب تدفعه إليه؟ قال: أي والله، قل: فأنا والله، ماله صاحب غيري، قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: فحلف فقال: تذهب تقسمه في أخوانك ولك الأمان مما حُصت. منه.

قال: فقسمته بين أخواني (١).

والجملة هو ولي الكل يعمل ما يريد ويعرف، فتأمل.

وسأنت قصيدة في واقعة لا تتعدى، إذ قد يعرف عليه السَّلام كونه ممن

هو حلال للآخذ بوجه.

وفيها أيضاً دلالة على أنه يكفي التعريف في الجملة، فقد ظهر مما سبق

دليل تحريم لفظة الحرام مطلقاً، خصوصاً الكثير، وسيجيء أيضاً في غير الحرام.

وأما دليل جواز أخذ مادون الدرهم وتملكه في الحال في غير الحرام من غير

تعريف، فالعمدة فيه الإجماع وسنده الرواية المتقدمة (٢).

قال في التذكرة: لفظة غير الحرام إن كانت قليلة حار تملكها في الحال،

ولا يجب تعريفها، ولا تعلم فيه خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ القليل ولا انتفاع

به من غير تعريف.

ثم قال: وقد حُتِف في حد الغليل الذي لا يجب تعريفه، فالذي عليه

(١) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللفظة الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللفظة الرواية ١.

علمائنا أنه مانقص عن الدرهم، فهذا لا يجب تعريفه، ويجوز تملكه في الحال، عدم علمائنا أجمع.

فان ثبت ذلك والآ فالرواية مرسله، وفي العقل والنقل ما يدل على عدم التملك، وعموم الاخبار الصحيحة (١) يقتضي النسخ، والتعريف بعد الأخذ والابتلاء، كما مر، وسيجي أيضاً، فلا شك ان عدم الأخذ أولى، ثم التعريف، فتأمل.

ثم ذكر فروعاً، الاول، لو تملك، مادون الدرهم، ثم وجد صاحبه، فالأقرب وجوب دفعه اليه، لاصالة بقاء ملك صاحبه عليه، ونحوه التصرف لملقط لا ينافي وجوب رده.

وهذا يشعر بعدم تملكه، بل جواز التصرف فقط، لعله يريد به عدم لزوم، والآ فكلامه صريح في الملك، كما مر، حيث قال: يجوز تملكه في الحال عند علمائنا أجمع، ويؤيده جواز التصرف الذي لا يكون إلا لذلك، وجوب الدفع غير بعيد، اذ لا دليل على التملك إلا الاجماع، وذلك في كونه لازماً - بحيث لا يجوز لمالكه الرجوع - غير ظاهر، والاصل عدمه، وجواز المالك التصرف في ماله (٢). وعدم التصرف في مال شخص الآ بطيب نفسه منه، هذا مع بقاء العين.

وأما مع التلف فظاهر قولهم بالتملك عدم الرجوع، ويمكن ان يقال: لا دليل إلا الاجماع، ولا اجماع على التملك، بحيث يفيد عدم وجوب الرد مع وجود ماله (صاحبه - خ) ولكن حينئذ يصير عدم الفرق بين القليل والكثير اذا ملكه، إلا بالتعريف، فتأمل.

(١) راجع الوسائل الباب ١ من كتاب النسخة.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، ونحوه التصرف للمالك في ماله.

ثم قال: الثاني الأقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبه، وبمحتمل القيمة مطلقاً، كالكثير اذا تملكه (ملكه-خ) بعد التعريف، والقيمة ان نوى تملك والّا فالعين وهو اقرب.

ولظاهر ن المراد بالصاحب اعم من الاول ووارثه ومن انتقل ليه. ١ وان الظاهر الرجوع الى العين مطلقاً، لا تقدم، اذ لو لم يكن له الرجوع الى العين (والعوض-خ) فلا يناسب له الرجوع اصلاً اذ انها يكون ذلك لصيرورة العين ملكاً لازماً لمستقط وخارجاً عن ملكه خروجاً لازماً، والاصل عدم العوض، والعوض انما يلزم بدليل خارج وبالرضا وليس.

وايضاً الظاهر عدم الفرق بين نية التملك وعدمها، ان قلنا انه يتملك من غير نية، والّا فلا كلام في وجوب رد العين مع عدم نية التملك.

ثم قال: الثالث، لو تلف بتغريب، ثم وجد صاحبه، فالاقرب وجوب الضمان، مع احتمال عدمه (١).

والظاهر هو (بين-خ) الاحتمال مع التملك لما مر، فتأمل، والرجوع في المسألتين غير بعيد، بناء على ما اشرنا من عدم الدليل الا الاجماع، ولا اجماع على هذا الوجه الخاص (٢)، والعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي (٣) وعدم خروج ملك شخص بلا عوض عن يده الا بطيب نفسه، وبحوذلك، فتأمل.

واعلم ان البحث في تملك اللقطة في صورة تملكها مثل القليل قريب من البحث في تملك المساحات، باعتبار اشتراط نية التملك، واشتراط عدم نية عدم

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٥٦.

(٢) ولا يخفى ان ما ذكر في المتن من قوله قلص مره. على هذا الوجه الخاص. الى قوله: وليس الا الاجماع ولا اجماع. غير موجود في النسخة المطبوعة، ولكنها موجودة في النسخ المخطوطة.

(٣) تقدم ما غلظه مراراً.

التحكك او عدم اشتراط شيء اصلاً، والظاهر هنا الاول.

فان في التذكرة: عدم الدخول قهراً هو أشهر القولين لعلمائنا بالملك القهري لأنه ملك شخص، ولم يخرج الاً بدليل، وليس الاً الاجماع ولا اجماع. وايضاً الظاهر ان له ان يحفظه امانة بعد التعريف بلا فصل، ومعه ايضاً، فلا يضمن الاً بالتضريط، وكذا له التصديق ايضاً عن المالك، لذلك.

ويدل عليه جميع الروايات الدالة على التصديق والحفظ، مثل صحيحة علي بن جعفر عليهما السلام: احفظها الحديث (١).

فيحمل عليه أي على أن الملتقط يملك مع التبة، او يستحق ان يملك، فتأمل مافي الرواية، (فهو كسبل ماله) (٢) ويجري عليه بما يجري على ماله ونحوه.

اما لقطة الحرم ففيها خلاف، والروايات ايضاً مختلفة، والظاهر عدم جواز تملك الكثير، وقد مرّ نقل الاجماع في التذكرة (عليه - خ) ولم يظهر خلافيه، الا ما اشرنا اليه، مثل ما نقل في شرح الشرائع التردد عن التحرير والخلاف من أبي الصلاح، وقد يكون الاجماع بعده، او ما اعتبره بمعلومية نسبه، وغير ذلك، فتأمل.

فالظاهر عدمه لعدم ظهور القول الصريح ولأن التصرف في مال الغير وخروجه عن ملكه يحتاج الى دليل قوي، ولأنه خلاف ظاهر العقل والنقل، وما يدل على ذلك ليس بمشابة تعارض ما تقدم، اد ليست صريحة ولا ظاهرة في تملك الكثير في الحرم على وجه يقولون به، وقد تقدم البعض وسيجيء البعض الآخر.

ويدل عليه ايضاً بعض الروايات مثل ما تقدم من رواية علي بن أبي حمزة

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة، الرواية ١٢ و ١٥ وفيه، حفظها الحديث.

(٢) واضح الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة.

المقدمة: (بئس ماصنع) (١) فينبغي حل (ينقي) عليه (٢).

ورواية لفصيل بن يسار (في زيارات الحج) قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم؟ فقال: لا تمسّ أبداً حتى يحبسها صاحبها فيأخذها، قلت: فإن كان مالاً كثيراً، قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها (٣).

وصحيحة يعقوب بن شعيب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة، ونحن يومئذ بمنى؟ فقال: أما بارضنا هذه فلا تصلح، وأما عندكم فإن صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع، ثم هي كسيل ماله (٤).

ورواية إبراهيم بن عمير (عمر - خ)، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اللقطة لقطتان، لقطة الحرم وتعرف سنة، فإن وجدت صاحبها، وآلا تصدقت بها، ولقطة غيرها تعرف سنة، فإن لم تجد صاحبها فهي كسيل مالك (٥).

هذه كلها في زيارات الحج من التهذيب.

ولا يضرّ عدم صحة رواية الفضيل، لقبول الأصحاب إبان بن عثمان (٦)، وقد عرفت مراراً أنه قيل هو متن اجتمعت العصابة على توثيقه وقوله، فلا يضرّ القول فيه بأنه قيل كان ناووسياً، فتكون صحيحة، أو معمولة معتبرة.

ودلالتها على عدم التملك مطلقاً واضحة، ودلالة رواية يعقوب على التحريم

ظاهرة.

(١) الوسائل الباب ١٧ من كتاب القطة، الرواية ٢.

(٢) يعني فينبغي همه قوله عليه السلام في الرواية (ما كان ينبغي له أن يأخذها) على قوله عليه السلام:

بئس ماصنع.

(٣) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ٢ من كتاب الحج ج ٩ ص ٣٦١.

(٤) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ١.

(٥) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ٤.

(٦) وسندها - كما في التهذيب - موسى بن القاسم، عن إبان عثمان، عن الفضيل بن يسار.

ولا تدل رواية ابراهيم على الجواز، وهو ظاهر، على ان في سندها عبد الرحمن المشترك (١) و ابراهيم ايضاً مختلف فيه قيل ثقة، وقيل ضعيف مطعون جداً، وان كان الموثق هو النجاشي والمضعف ابن الغضائري، ولقطة (ما كان ينبغي) في رواية علي (٢) لا تدل على الكراهة، بان (ينبغي) يستعمل في المعنيين (٣)، وان كان ظاهراً في الاستحباب، ولكن مقارنتها بقوله؛ (بش) تدل على ارادة التحريم، او يبعد قول هذا في المكروه.

ويدل على التحريم ايضاً رواية ابراهيم بن أبي البلاد، عن بعض اصحابه، عن الماضي عليه السلام، قال: لقطة الحرم لا تمس بيد ولا برجل، ولو ان الناس تركوها لجأ صاحبها فأخذها (٤) ولا يضر عدم صحة السند، ولا حمل (لا تمس) على الكراهة في صحيحة الحلبي المتقدمة، وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لاهه: لا تمسها (٥).

وكذا رواية الحسين بن أبي العلاء، قال: ذكرنا لابي عبد الله عليه السلام اللقطة، فقال: لا تعرض لها فان الناس لو تركوها لجاء صاحبها حتى يأخذها (٦) لانها معمولتان على الكراهة للمعارض وللشهرة، بل قريب لاجماع، فانه قد مر جوزتمك الاقل من درهم بالاجماع، مع امكان حملها على الذرهم وما فوقه.

(١) سندها - كما في التهذيب موسى بن القاسم، عن عبد الرحمن، عن حماد بن عيسى، عن ابراهيم بن

عمر

(٢) الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٣) في بعض النسخ في المعنى. في بعض آخر في المعنى وفي بعض المعنى ولعل الصواب ما ثبتناه

(٤) الوسائل للباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٥) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٦) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

عن أن رواية الحسين ليست بظاهرة الصحة، لوجود الخلاف فيه، نقل ابن داود عن الكشي، فيه نظر لتفاهت (١) الأقوال فيه.

نعم قال: وحكى السيد جمال الدين في البشرى تركيته.

فقول شرح الشرائع: - صحيحة الحسين - محل التأمل، نعم مثله موجود في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢)، ولكن مع قوله: (فاجعلها في عرض مالك) بعد التعريف.

وبالجملة الظاهر تحريم لقطة الحرم وعدم تملكها مطلقاً، كما قال الشيخ علي، وقال أنه المشهور، ولا شك أنه أحوط.

فقول الدروس - بعدم الكراهة في الفليل في الحرم - بعيد وخلاف المشهور، بل الإجماع، فتأمل.

وأما وجوب التعريف في موضع وحوبه، فيدل عليه الروايات الكثيرة، وقد مر أكثرها، مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في اللقطة يجدها لرجل، الفقير (أهو - يب) فيها بمنزلة الغني، قال: نعم، واللقطة يجدها الرجل ويأخذها، قال: يعرفها سة، فإن جاء (لها - يب) طالب، وآل فهي كسبيل ماله، وكان علي بن الحسن عليهما لسلام يقول: لا تمسوها (٣).

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أحدهما، قال: سألت عن اللقطة؟ قال: لا ترفعوها، فإن انتهت فعرّفها، فإن جاء طالبها، وآل فاجعلها في عرض مالك يجري

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب: التفاهت، كما في رجال ابن داود ثم قال: وقد حكى سيدنا جمال الدين رحمه الله في البشرى تركيته ص ١٢٠ ط دانشگاه.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٣) روى صدرها في الباب ١٦ من أبواب اللقطة الرواية ١ بالسند الثالث ودلها في الباب ٢ من تلك

الأبواب الرواية ١.

عليها ما يجري على مالك الى ان يجيئ لها طالب (١).

وصحيحة علي بن جعفر وقد تقدمت (٢).

وهذه الاخبار تدل على ان التعريف سنة، والذي ورد في مطلق التعريف بحمل عليها.

قال: في التذكرة: لا يراد بالتعريف سنة استيعاب السنة وصرفها بأسرها في التعريف، بل يسقط التعريف بالليل (في الليل - خ) لأنّ لنهار مجمع الناس، وملتقاهم، دون الليل، ولا يستوعب الايام ايضاً، بل على المعتاد فيعرف في ابتداء اخذ لقطه في كل يوم مرتين في طرفي النهار ثم في كل يوم مرة، ثم كل اسبوع مرة او مرتين، ثم في كل شهر مرة، بحيث لا ينسى كونه تكراراً في الماضي، وباجملة لم (لم - خ) يقدر الشرع في ذلك سوى المدة التي قلنا انه لا يجب شغلها به، والمرجع حينئذ الى العادة، وينبغي المبادرة الى التعريف من حين الالتقاط، وفي الوجوب قولان، احدهما الوجوب، لما تقدم، والثاني عدمه، بل الواجب لتعريف سنة مطلقاً، وبه ورد الامر (٣).

والظاهر ان مراده بقوله يعرف في ابتداء الأخذ، الى آخر التعريف، في الاسبوع الاول كل يوم مرتين، وبعد ذلك في اسبوع آخر كل يوم مرة، ثم في باقي اسبوع هذا الشهر كل اسبوع مرة ثم في كل شهر مقدار ما لا ينسى، كأنه يكنى مرة او مرتين.

ثم ان كان المراد بالشهر ثلاثين يوماً، فالأمر واضح، وآلا يشكل اذا كان في آخر الشهر الهلالي، او بعد مضي اسبوع.

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ١٤.

(٣) التذكرة: ج ٢ ص ٢٥٨.

وبالجملة العبارات والروايات مجملة، والمعتاد الذي ذكره غير واضح، وليس بمعلوم كونه فيما ذكره أيضاً، وهو غير واضح. ويمكن لاكتفاء بصدق التعريف في الستة من غير تفاوت بين الأول والآخر، وقوله: (ينبغي) مثير بعدم وجوب الفورية والماسب الفورية اذ قد يجيء صاحبه، ويأس بعده، وهو ظاهر قولهم سنة من حين وجوده، فتأمل. قال في موضع آخر: قدر مدة التعريف سنة، فيما بلغ درهما فصاعداً عند عمدائنا اجمع.

وذلك لا بأس به وما رأيت خلافاً.

وقد في موضع آخر: لا يجب التوالي في التعريف، فلو فرقته جاز، بان يعرف شهرين ويترك شهرين هكذا وهو احد وجهي الشافعية، ما لوند رصوم سنة يجوز ان يوالي وان يعرق. الى قوله. فان قرط في المبادرة فعل محرماً، فاذا عرّف مفرقاً لم يجب الاستئناف، وكفاه التلقيق (١).

وقال أيضاً: الأحوط الايقال (٢) في الابهام، فلا يذكر الجنس فضلاً عن النوع ووصفه، بل يقول: من ضاع له شيء او مال.

وقد ورد في بعض الروايات التعريف بقوله: من يعرف الكيس، لمن وجد كيساً فيه الدراهم (٣) وما معه عليه السلام، فهو تقرير، فيكون مثله جائزاً. وقال أيضاً، لا يجب على الملتقط مباشرة التعريف، اذ الفرص به الاشهاد والاعلان، ولا عرض للشارع متعلق بمباشر دون آخر، فيجوز ان يباشر البدء بنفسه وان يوليّه غلامه وولده ومن يستعين به ويستأجره عليه، ولا نعلم فيه خلافاً.

(١) المذكورة: ج ٢ ص ٢٥٨.

(٢) يدل. أو على القوم اذا أمعوا في سيرهم وأوغل في الارض اذا ساروا قاعداً (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل الباب ٦ من كتاب اللقطة الروية ١.

وقال أيضاً: ينبغي أن يتولى التعريف شخص أمين ثقة عادل غير مشهور بالخداعة واللعب ليحصل الوثوق باخساره ولا يتولاه العاسق، لئلا تفقد فائدة التعريف، وهذا على الكراهة دون التحريم (١).

ولا يحى أنه لابد أن يكون بحث يحصل له (بنفسه - ح) الوثوق بالتعريف، مع أن ظاهر (العبارات - خ) الروايات التعريف بنفسه وقال ليس للمتقظ تسليم اللقطة إلى غيره إلا بإذن الحاكم، فإن فعل صمن إلا مع الحاجة، بأن يريد السفر، ولم يجد حاكماً يستأذنه، فيجوز أن يسلمها إلى الثقة، وكذا لو النقطة (التقط - خ) في الصحراء ولم يتمكن من حفظها، ومراعاتها، فإنه يجوز له الاستعانة بغيره وتسليمها إليه، مع عدم القدرة على الاستقلال بحفظها والمشاركة.

وقال أيضاً: قد يتبا أنه يجب المبادرة إلى التعريف، ولو أخره عن الحول الأول مع الإمكان أثم - إلى قوله - ولا يسقط التعريف بتأخيرته عن الحول، لأنه واجب، ولا يسقط بتأخيرته عن وفته، كالمبادات وسائر الواجبات. فيه إشارة إلى وجوب القضاء في سائرهما، وهو غير ظاهر.

ثم إن الظاهر أنه ما وجد دليل حاص على ما هو المشهور من طريق التعريف سبعة أيام في كل يوم، ثم بقية الشهر في كل أسبوع، ثم كل شهر إلى آخر الحول، وهو قريب مما نقلناه عن التذكرة.

وبعد صدق التعريف عرفاً في السنة، مع إيقاعه في أحد عشر شهراً كل شهر مرة، وينبغي الملاحظة وعدم الخروج عن العرف، وعن ظاهر الروايات، خصوصاً مراعاة ما في صحيحة يعقوب (٢) بأن يعرف بنفسها ستة في كل مجمع،

(١) للتذكرة: ج ٢ ص ٢٥٩.

(٢) لوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ١ ج ٩ ص ٣٦١.

فإنها طاهرة في التعريف بنفسها، وفي كل مجمع، وقد يفهم في كل جمعة، ان كان ملداً يقع فيه جمعة، فيلاحظ مذكروه في الاول، ثم في كل اسبوع في الجماعات مرة طول السنة.

قال في التذكرة: مكان التعريف في مجمع الناس كالاسواق او ابواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات في الوقت الذي يجتمعون فيها وفي محافل (مجامع - خ) الناس.

لأن المقصود اشاعة ذكرها و اظهارها ليظهر عليها مالكمها، فيحب تحري مجامع الناس ولا تنشئ (ولا يشدها - خ) في وسط المسجد، لأن المسجد لم يُبن لهذا وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد، فيقل لا إذاها الله اليك، إن (فإن - خ) المسجد لم تب لهذا (١) وكراهة تعريف الضالة ككراهة طلبها في المساجد (٢).

فيه اشعار بأنه يكره فيها فعل غير ما يبنى له المسجد، للثهي، ثم إذا التقط في بلدة او قرية فلا بد من التعريف فيها بمجامع، وليكن أكثر تعريفه في البقعة والمحلة التي وجد فيها، فإن طلب شيء في موضع قيد (فقدانه - خ) أكثر.

فإن اتفق له سفر ففوض التعريف الى غيره، ولا يسافر بها ولو التقط في الصحراء، فإن احتازرت به قافلة يتبعهم، وعرقها فيهم، وآلا فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن تعرف (يعرف - خ) عند الوصول اليها، ولا يلزمه ان يغير قصده، ويعدل الى الحرب البلاد الى ذلك الموضع، او يرجع الى مكانه الذي شأ السفر

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب احكام المساجد الرواية ٢ ج ٣ ص ٥٠٨ وفيه لا إذاها الله اليك.

(٢) انتهى ما في التذكرة ج ٢ ص ٢٥٩.

منه، ونقل رواية أنه من وجد شيئاً في بيوت مكة ونسي حتى جاء الكوفة، قال: يسأل أهل المنزل، فإن لم يعرفوه تصدق به (١).

وفي رواية من وجد متاع شخص معه ولم يحده حتى جاء إلى الكوفة، ولم يعرف صاحبه، قال أبو الحسن عليه السلام: كيف يعرفه ولم يعرف بده؟ قال: فإذا كان كذلك، فبيعه وتصدق به، قال لعلني من جعلت فداك؟ قال: على أهل الولاية (٢).

يفهم منه ذم من يعرف ولا يعرف بلده، فينبغي معرفة بلد كل من صاحبه أحد، كما هو المشهور والمذكور، وعلى عدم وجوب التعريف في مثل هذه الصورة، وحوار بيع المال الذي لم يعرف صاحبه والتصدق به، كما هو المشهور بركة المظالم، ويجوز تصدق على المؤمنين من غير اشتراط العدالة، بل حواراه على التبادات، وعدم اشتراط الحاكم ولا عدالة المتصرف.

ومسند لابي أسيد (٣)، أنه ليس فيه إلا محمد بن عيسى، عن يونس، وقد مر مراراً أنها لابي أسيد، وإن قل فيها ما قبل، خصوصاً في مثل هذه، فتأمل.

ثم اعلم أنه إن جاء صاحبها موصف، فالظاهر حوار الاعطاء مع القرائن، وهو ظاهر كثير من الروايات فيما سبق (٤).

فلا يحتاج إلى الشهود والتثبت عند الحاكم، كما أشار إليه مراراً، ومع

(١) وسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٣ ومتى الرواية هكذا عن اسحاق بن عمار، فإن سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل ترك في بعض بيوت مكة موجد فله نحو من سبعة درهماً مدفونة فمات رجل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصح؟ قال: يسأل عبا أهل البلد لعلهم يعرفونها، قلت: وما لم يعرفوها، قال: يتصدق بها. (٢) راجع الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الرواية ٢ فإن ما نقله مصححون بعض منها.

(٣) مسنده - كما في التهذيب الصغير، عن محمد بن عيسى بن عبيد، عن يونس بن عبد الرحمن.

(٤) راجع الوسائل الباب ٢ و ٦ من كتاب اللقطة.

لشوت يجب دفعه، وكذا مع العلم بغير ثبوت شرعي، فع التأخير ضامن كسائر الأمانات، ألا مع العذر، وآلا فهو مختارين التملك والضمان وبين التصديق والضمان وبين الإبقاء أمانة وعدم الضمان.

قال في التذكرة: وإنما يجب الدفع إلى المالك، فإذا جاء من يتعيبها، فإن لم يقم بينة بها، ولا وصفها لم يدفع إليه، ألا أن يعلم الملتقط، أنها له، فيجب عليه دفعها إليه، وإن قام البينة دفعها، وإن لم يكن هناك (١) بينة ولكن وصفها بصفاتها الخاصة التي تخص على غير المالك، قال لم يغلب على ظن الملتقط صدقه وأنها له، لم يدفع إليه، وهو المشهور للشافعية - إلى قوله: - وإن غلب على ظن الملتقط صدق المدعى الواسف لها جاز دفعها ولا يجب (٢).

هد صريح في حوار دفع مال الغير إلى الغير بالظن.

ثم قال: ولا يكفي في وجوب الدفع الشاهد الواحد وإن كان عدلاً - إلى قوله: - ويحتمل عندي جواز الدفع إن حصل الظن (كما لو حصل الظن - خ) بالوصف. وهذا أيضاً صريح في ذلك، فتأمل.

ودليل لتخيير بين الأمور الثلاثة - بعد الإجماع المفهوم من التذكرة - لجمع بين الاختيار، فإن لبس يدل على التملك مثل صحيحة الحلبي وروية داود بن سرحان (٣) (هي كسيل، له) وما في صحيحة محمد بن مسلم، فاحملها في عرص مالك (٤) وما في صحيحة عبد الله بن مسنان، إنما هي مثل الشيء المباح (٥).

(١) في التذكرة. وإن أقام البينة ردت إليه، وإن لم يكن هناك الح.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٦٤.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب القطة الرواية ١١ و ١٢.

(٤) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب القطة الرواية ٣.

(٥) راجع الوسائل الباب ١٣ من كتاب القطة الرواية ٢.

لكس طاهر هذه في البعير ونحوه من الذوات، وحينئذ يصمته، ولا علم صاحبه بحب ردة العين عنه مع وجودها، والآ القيمة فوراً، ولا اعلام على ما قيل في الأمانات الشرعية.

ويمكن فهم ذلك من رواية علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن بعض أصحابنا، عن أبي العلاء، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وجد مالاً فعرفه حتى إذا مضت لسته (ثم - ح) اشترى منه (به - كائناً) خادماً، فجاء طالب المال، فوجد الحارية التي قد اشترى بالدرهم، هي انتة، قال: ليس له ان يأخذ إلا دراهمه، وليس له البت (الابنة - كائناً) إنما له رأس ماله، وأما كانت ابنة بموكة قوم (١). وهذه تدل على التملك أيضاً، ولا يصح إرساله، لما سيجي.

وكذا رواية عبد الله بن حماد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: من وجد شيئاً فهو له، فيستمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده اليه (٢). حملت على ما بعد التعريف مع الكثرة، لما تقدم من عدم حواز تمسكها والانتفاع إلا بعده، ويمكن حملها على القليل.

ويمكن فهمه أيضاً في الجملة من صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: سألت ج الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة، وهو مستوى لحناحين، وهو يعرف صاحبه أيجل له أمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه رده عليه، وإن لم يكن يعرفه، وملك ج صاحبه فهو له، وإن جائك طالب لا تهنه رده عليه (٣).

(١) الوسائل الباب ٨ من كتاب القطة الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب القطة الرواية ٢ وفيه كما في الكافي أيضاً عن عبد الله بن حماد عن أبي بصير، عن أبي حمزة عليه السلام - ح.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من كتاب القطة الرواية ١.

والظاهر أنه بعد التعريف، وعرف أنه كان مملوكاً في الجملة.
وهي تدلّ على جواز تسليم اللقطة مع الظن، وعدم كون الطالب متهماً،
فأنه قد يكذب.

ورواية حنّان، قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة؟ وأنا
اسمع، قال: تعرفها سنة، فإن وجدت صاحبها، وآلا فانت أحق بها، وقال: هي
كسبيل مالك، وقال: خيره إذا جارك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا
كنت أكلتها (١).

وهي أيضاً تدلّ على التملك، ولا يضرّ وجود أبي القاسم المجهول،
وحنّان (٢).

ورواية أبي خديجة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله ذريح عن
المملوك يأخذ المقطة؟ فقال: وما للمملوك واللقطة، والمملوك لا يملك من نفسه
شيئاً، فلا يعرض لها المملوك، فأنه ينبغي أن يعرفها سنة في جمع، فإن جاء طالبها
دفعها إليه، وآلا كانت في ماله، فإن مات كانت ميراثاً لولده لمن ورثه، فإن لم يجي
ها طالب كانت في أموالهم هي لهم، فإن جاء طالبها بعد دفعوها إليه (٣).

وهي تدلّ على منع المملوك عن أخذ اللقطة، ولعلّ صعبه، بخلاف ذلك،
وباعتبار أخذه، بأن يكون هو الملتقط حقيقة، فإن الحكم المذكور لمولاه، ويكون له
ظاهراً بأذن المولى، والأجرة (٤) يرجع إلى المولى، وإن سلم دلالتها على عدم تملك

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

(٢) مسندها - كما في التهذيب - هكذا محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن عبد الحجاز، عن أبي نقاسم، عن

حنّان.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٤) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ القواب، والأحر.

المملوك ، وقد مرّ خلافه.

فيمكن الجمع بأنّ المراد في امثاله نفي الملك المستقل كسائر الملاك والعبد يمكن تملكه مع كونه محجوراً عليه. على أنّ أبي خديجة هو سالم بن مكرم، وهو ضعيف.

ولظاهر أنّه لا خلاف في وجوب الرد، وأنّما الخلاف في أنّه هل يجب ردّ العين مع بقائها، فيكون ملكاً منزلاً أم لا، بل يجوز ردّ العوض، فيكون ملكاً مستقراً، ولكن مع العوض إلا أنّه ان ردّ العين يجب عليه القبول، فإنّه ليس باقلّ من العوض.

وقرب في التذكرة وجوب ردّ العين اذا كانت اقلّ من الدرهم، وفي غير الحرم، مع بقاء العين، واستشكل وجوب ردّ العوض مع التلف حينئذ، وجزم بأنّ لقطة الحرم لا تملك بحال، فتدفع بعينها الى مالكيها، وكذا في لقطة غير الحرم ان جاء صاحبها قبل التملك، وأمّا بعده فقترب عدم وجوب ردّ العين، وعدم حواز انتزاع المالك منه، واكتفى بجواز ردّ العوض مع بقاء العين أيضاً، ووجوب قبوله على المالك.

وظاهر الاذلة هو الردّ بعينها، فإنّ الاصل بقاء مال المالك على ملكه، وخروج تملك في الجملة، مع التعريف، وعدم ظهور المالك، منكاً مراعي، بالاجماع ومحوه ولا دليل على غيره، ولا بعد في حمل مثل (هي كسبيل ماله) على الملك، مراعي بعد الدليل، ولهذا أنّه ظاهر في عدم العوض ايضاً ويوجبون ذلك.

ويمكن ان يقال: وجب العوض بالاجماع، ونقي العين على ملكه لدليله، فتأمل.

ثمّ حكم في التذكرة بأنّ الزيادة المتصلة للمالك، والمفصلة للملتقط، بعد التملك، لأنها نماء ملكه، ونقل عن الحنابلة وجهاً بأنّ ذلك ايضاً للمالك.

وكون الريادة المتصلة للمالك مع ردّ العين غير بعيد، وكذا كون المنقصة للمنتقط، لما اشار اليه من أنه نفاء ملكه، سواء قلنا أنه ملك مستقر او مراعى، كما في لبيع في زمن الخيار بعد الفسخ، ولهذا صحّ بيعه، وسائر تصرفاته، ولا يبطل منه شيء، ولعلّ وحد الحنابلة أنه ظهر حينئذ عدم صيرورته ملكاً له، وهو خلاف ما تقرّر باجماعهم، ولهذا يصح جميع التصرفات المخرجة، وغير المخرجة، نعم ذلك أحوط.

وقد يفهم مما سبق أنّ هذا الضمان دائم، وليس بمخصوص بمجيء لمالك بن الوارث أيضاً، كما دلّت عليه رواية أبي خديجة (١) ولا يبعد ان يكون كذلك بعد موت المنتقط ايضاً، ويشمله عموم (اذا جاء صاحبها). ولأنّ الظاهر أنّ الضمان مبني على عدم صيرورته ملكاً لازماً بل متزلزلاً، وذلك يوجب الردّ بعد موته ايضاً، فلا يبعد ايجاب الوصية، كما في الضمانات، ويؤيده كون ضمان التصديق كذلك، كما سيجيء.

ويدل عليه ايضاً صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عبيد السلام، قال: سألت عن اللقطة اذا كانت جارية هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا انما يحلّ له بيعها بما انفق عليها، وسألت عن الرجل يصيب درهما او ثوباً او دبة كيف يصنع (بها - تل)؟ قال: يعرفها سنة، فان لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيا آتاء، وان مات اوصى بها، وهو له ضمان (٢). فيه دلالة على عدم جواز وطء الجارية بالاتقاط، وجواز بيعها للنفقة من

(١) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٢) روى صدرها في الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٨ وبديلها في الباب ٢٠ من تلك الابواب

غير اذن الحاكم، ووجوب التعريف، وجواز التملك يؤيد (يريد - خ) ذلك بقوله:
(في عرض ماله) أي يجعله ماله حتى يجيء صاحبه، والآ كانت أمانة غير مضمونة، فافهم.
وأما جواز تصديقها مع الضمان، فلائه اذا جاز تملكها معه، فالتصدق معه
(مع الضمان - خ) بالطريق الاولى ويفهم من ادلته ايضاً فتأمل.
والظاهر أنه لا خلاف فيه.

ويدل عليه ايضاً رواية الحسين بن كثير، عن ابيه، قال: سأل رجل امير
المؤمنين عليه السلام عن اللقطة؟ فقال: يعرفها، فان جاء صاحبها دفعها اليه، والآ
حبسها حولاً، فان لم يجيء صاحبها، او من يطلبها، تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد
ما تصدق بها ان شاء اغترمها الذي كانت عنده، وكان الأجر له، وان كره
(ذلك - يب ثل) احتبسها، والأجر له (١).

والظاهر ان المراد بالحبس عنده سنة، مع التعريف.

ويدل على الغرم بعد التعريف ايضاً، رواية حفص بن غياث، عنه
عليه السلام، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام، عن رجل من المسلمين اودعه رجل
من النصوص دراهم او متاعاً، والتبس مسلم هل يرده عليه؟ قال: لا يرده
(عليه - خ)، فان امكنه ان يردها على اصحابها فعل، والآ كان في يده بمزلة النقطة
يصيبها، فيعرفها حولاً، فان اصاب صاحبها ردها عليه، والآ تصدق بها، فان جاء
صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم فان اختار الأجر فله الأجر، وان اختار
الغرم غرم له وكان الأجر له (٢).

وما روي - في الصحيح - عن اسحق بن عمار، قال: سألت ابا ابراهيم

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة للرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٨ من كتاب اللقطة الرواية ١.

عليه السلام، عن رجل تزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيه نحواً من سبعين درهماً مدفونة، فسم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها، قلت: فإن لم يعرفوها، قال: يتصدق به (١). ولا يضّر اسحق، وفيه دلالة على الاكتفاء في التعريف بسؤال أهل المنزل في غير موضع الالتقاط.

وموثقة ابن بكير عن زرارة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة؟ فاراني خاتماً في يده من فضة، فقال: إن هذا مما جاء به السيل، وأنا أريد أن أتصدق به (٢).

وهذه تدل على عدم التعريف مطلقاً، ويمكن أن يعرفه قبل، وعلى جواز استعمال اللقطة في الجملة ويمكن أن يكون للحفظ وإن يكون أقل من الدرهم أيضاً، ولا يحتاج إلى التعريف مطلقاً، ويكون التصديق تبرعاً منه صلوات الله عليه، ولعل في تقديم (أنا) إشعاراً به، فافهم.

ورواية إبان بن تغلب، قال: أصبت يوماً ثلاثين ديناراً، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك؟ فقال: أين أصبت؟ قال: فقلت له: كنت منصرفاً إلى منزلي فاصبت. قال: فقال لي: صر إلى المكان الذي أصبت فيه فعرقه، فإن جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه (آياه - نل) وآلاً تصديق به (٣).

وهذه تدل على كون التعريف في موضع الإصابة، وأنه يكفي الثلث، فلا يحتاج إلى السنة، فيمكن أن يكون ذلك مستحباً.

ولكن غير معلوم القائل، إذا الظاهر أن وجوب السنة لا خلاف فيه.

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٢) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٣) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٧.

ويدل على جواز اعطاء الطالب من غير ثبوت شرعي ايضاً، فيكون مع الوصف وحصول الظن كما مر.

وفي الطريق محمد بن موسى الهمداني (١)، قيل ضعيف، وقيل يضع الحديث، وابان بن عثمان ايضاً كذلك.

وأما جواز حفظها أمانة (شرعية-خ) فالظاهر أنه لا خلاف فيه، ويدل عليه ما تقدم في الجملة، ولأنه مال الغير وقع بيده بالاذن الشرعي، فيجوز له حفظه، كما في سائر الأمانات، ولأن التكليف بغيره منفي بالأصل.

وأما لقطة الحرم إذا أخذها، فالظاهر أنه يجب التعريف، ثم الحفظ على طريق الأمانة ان جاز، والآ فالظاهر أنه ضامن دائماً، لأن يده يد عادية، بل يمكن ان يكون حكمها حكم الغصب في لزوم الحفظ والنفقة، فلا رجوع، واجرته عليه ان كان ذا اجرة، وغير ذلك.

يدل عليه ما في رواية علي بن أبي حمزة المتقدمة: (فهوله ضامن) (٢).

الآن كلام الاصحاب صريح في جواز التصديق بها ايضاً من غير ان نجد فيه خلافاً، وفي رواية علي بن أبي حمزة المتقدمة (فيتصدق به) وكذا في رواية ابراهيم بن عمر المتقدمة (والأ تصدقت بها) (٣) وهما يدلان عليه، بل على وجوب التصديق ظاهراً، حملتا (وان حمل-خ) على الجواز، فكأنه للاجماع، مع أنهما ليستا بصحيحتين، كما اشرنا اليه، وان كان سند الثانية أولى (٤)، فتأمل.

(١) سدها - كما في التهذيب هكذا محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن موسى الهمداني، عن محمد بن عيسى بن عبيد عن علي بن الحكم، عن امان بن عثمان عن امان بن عتب.

(٢) راجع الوسائل الباب ١٧ من كتاب لقطة الرواية ٢.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ٤ ج ٩ ص ٣٦٦.

(٤) سند رواية علي بن أبي حمزة كما في التهذيب هكذا: الضامن عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن

وما لا يبقى يقومه ويضمن، او يدفعه الى الحاكم، ولا ضمان.

قوله: وما لا يبقى الخ. يعني اذا التخط في غير الحرم ما لا يبقى، اذا كان يسوى درهماً فما فوقها، تختير بين ان يقومه فيأخذه لنفسه فيكون الثمن في ذمته، او يبيعه على غيره، فيأخذ الثمن، ولا يشترط في ذلك اذن الحاكم، ولا العدول، ولا الشهود، وان امكن، للاصل، ولما مر.

لكن قال في التذكرة: إذا باع الطعام الذي يخشى فساد، والذي يحتاج الى العلاج تولاه الحاكم، فان تعذر تولاه بنفسه لانه موضع ضرورة - الى قوله: اما لو باعه بدون اذن الحاكم، وفي البلد حاكم كان البيع باطلاً الخ. وفيه تأمل، للاصل، ولأن له ولاية التملك والتصدق بعد التعريف، فالبيع بالطريق الاولى، والتعريف ماقط للمتقن، ولا شك أنه احوط.

ويمكن ان يكون اذا اراد البيع على غيره لمحتاج الى الحاكم، لا يقوم لنفسه، لأن الظاهر أنه يكفي القيام بالتصرف بالاتلاف في البيع، دون الثمن، فان جاء صاحبه بمطيه الثمن، وليس عليه غير ذلك.

والظاهر أن الثمن يكون امانة لا مضموناً فلو تلف بعير تفريط لا يطالب بالموض، للاصل، وجواز الأخذ والبيع باذن الشارع وعدم دليل على الضمان وبين (١) ان يسلمه الى الحاكم، ولا ضمان ايضاً، لما مر غير مرة، ولعله لاحلاف فيه.

وقال في التذكرة: عندنا يتخير الخ. الظاهر أن المراد به (ما لا يبقى)

وهيب بن خنيس عن أبي بصير عن علي بن أبي حمزة.

وسند الثانية فيه ايضاً هكذا موسى بن القاسم، عن عبد الرحمن بن حماد بن عيسى، عن ابراهيم بن

عمر.

وعلى وجه اولوية الثانية اشتمال الاولى على المعزوقين..

(١) مذهب على قوله: تختير ان يقومه.

ويكره اخذ اللقطة والضوال مطلقاً، خصوصاً للفاسق والمعسر، وما يقل قيمته، ويكثر نفعه ويستحب الاشهاد عليها.

مالايق ستة، قال في التذكرة: ما لا يبق عاماً كالبطيخ والطبيخ والفاكهة التي لا يجفف والخضراوات، يتخير ملتقطها بين أكلها وحفظ ثمنها، وبين دفعها الى الحاكم - الى قوله - وليس له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم، خلافاً لاحد في شيء قليل، وقد مر البحث فيه، فتأمل.

وقال ايضاً: ما يقتصر الى العلاج ينظر الخط لصاحبه، فيفعل، فان كان في التجفيف جفقه، او دفعه الى الحاكم (دفعه - خ) (١).

قوله: ويكره اخذ اللقطة الخ. يعني يكره اخذها في موضع جواز اخذها في المال والحيوان، لا الانسان، فانه واجب على ما تقدم.

ومنه يعلم أن حفظ مال الناس غير واجب، ما لم يكن متصرفاً.

وقد نقل في التذكرة عن أبي حنيفة وجهاً في وجوب اخذ اللقطة، يكون المؤمنون بعضهم اولياء بعض في القرآن (٢) فيجب حمظه كوتي الأيتام، ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه (٣).

والجواب عنها ظاهر، والاصل دليل قوي، مع الرواية بالهي (٤).

ويدل على الكراهة تعرض نفسه لاحتمال الحرام، وترك الواجبات الدقيقة المشكلة جداً، فان حفظها والتعريف على ما هو مشكل جداً، كما يعرف من حفظ الامانة، مع عدم ظهور نص.

ويدل على الكراهة ايضاً - بعد الاجماع المفهوم من التذكرة - النهي الوارد في

(١) التذكرة، ج ٢ ص ٢٦.

(٢) اشارة الى قوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض. التوبة ٧١.

(٣) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٤.

(٤) اشارة الى ماورد في باب اللقطة من التهي راجع للوسائل الباب ١ و ٢ من كتاب النعطة.

الروايات المتقدمة مثل: لا تمس ولا تعرض لها فان الناس لو تركوها لجاء صاحبها وأخذها، ونحو ذلك، وحلت في غير الحريم على الكراهة، لما مر من فهم الجواز مما يدل على جواز تملك بعد التعريف في الروايات التي فيها النهي (١)، وهي كسبيل ماله ونحو ذلك والكراهة هي المشهورة، بل كاد ان لا يكون فيه خلافاً (٢) بالتحريم مطلقاً، والاستحباب والاباحة كذلك، والوجوب معلوم الانتفاء.

نعم قد يفهم من عبارة الدروس عدم كراهة القليل ولو كان في الحرم أيضاً، لقوله: والكراهة قوية اذا بلغت درهماً، ولو نقصت حل تناولها، وملكت كما تملك في الحل، على الأقرب.

والظاهر ان ليس مقصوده عدم كراهية القليل، ويشعر به قوله: (حل) حيث ماصرح بنفي الكراهة، كيف والمشهور تحريمه، والدليل عليه قائم من العقل والنقل، وقد مر، ولا دليل على الاباحة صريحاً صحيحاً، فكيف على نفي الكراهة، فالحكم مشكل، وعبارته غير جيدة.

وهذه الكراهة لخصوصية لها بأحد ولا بمال، إلا أن الفاسق (بالفاسق - خ) الغير المأمون على نفسه أشد، لاحتمال تصرفه في الملقوط بغير شرع، فيكره له أن يتعرض لما يحتمل فيه ذلك.

وكذلك المعسر، اذ قد يلجئه عسره الى ما تقدم، ولوجع الوصفين لكان أشد وليس بواضح دليل شدة الكراهة، اذ يشكل اثبات حكم شرعي مثل ما تقدم، نعم لاشك أن (٣) احوط لها الاجتناب بالنسبة الى غيرهما، وكأنه المراد

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) هكذا في جميع النسخ والصواب، خلاف بالقسم، والظاهر ان مراده عدم القائل بالتحريم، وكذلك

الاستحباب والاباحة والوجوب.

(٣) في بعض النسخ أنه الأحوط لها، والصواب ما ثبتناه.

بالشدة.

وكذا تشتد الكراهة فيما يقل نفعه وتكثر فائده.

وسبب الشدة خصوص النهي في الرواية، وهي رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن التحلين والادواة والوسط يجدها (يجده - ثل) الرجل في الطريق أينفع به؟ قال: لا يمتنع (١).

ولهذا نقل في الدروس تحريم الثلاثة عن الحلبي والصدوقين لهذه الرواية. وذلك غير واضح لعدم ظهور صحة سندها، لوجود القاسم بن محمد المشترك، وابان بن عثمان (٢) وان كان هو لأس به باعتقادي إلا أن كثيراً ما يردون الخبر به.

ودلالاتها غير واضحة (صريحة - خ) اذ يمكن حملها على المس على جهة الانتفاع بقريئة السؤال قبل التعريف، ويحتمل كونها تسوي درهماً، وتجعل الاباحة مخصوصة بدون الدرهم، ويحتمل على الكراهية، كما تقدم من قوله: (لا تمس) ونحوه، وهو مذهب الأكثر، ولكن ما فهم شدة الكراهة في المدعى مطلقاً.

على أنها معارضة بأصح منها سنداً وأوضح دلالة، وهي حسنة حريز، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا بأس بلقطة العصا والشفط (٣) والوتد والحبل والعقال وأشباهه، قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لها طالب (٤).

(١) الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) سندها - كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن القاسم بن محمد، عن ابان بن عثمان، عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله.

(٣) الشفط - حشوة عموده الطرف تدخل في عروق حوائق ليجمع بينها عند حذوها على البحر واجمع الشفطة (عن الهابة).

(٤) الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ١.

وهذه كالصريحة في نفي الكراهة في هذا الاشياء التي نفعها كثير وثمنها قليل، وظاهرة في الكراهة في غير التعليل، وظاهرها حينئذ نفي الكراهة عن المطلوب، بل عما اشتمل عليه رواية عبدالرحمن المتقدمة (١)، ويمكن حلها على عدم الشدة لمعمومات والجمع بين الأدلة، خصوصاً هاتين الروایتين (٢) فأنجد ما يدل على شدة الكراهة في أمثاله، بل الأمر بالعكس، مع أننا نجد أكثر الأصحاب هكذا يذكرون، ولعلّ عندهم غير ما وصل إلينا، فتأمل.

وقال في شرح الشرائع: وجه الكراهة في هذه الاشياء واشباهها - العصا الخ - النهي عنها محمول على الكراهة جمعاً بين الأخبار، فقد روي: لا بأس بقطعها. مارأيت ما يدل على التهي عن هذه الأشياء بخصوصها، بل العمومات، إلا رواية عبدالرحمن (٣) وهي تدل على التهي عن الأشياء بخصوصها، والقاعدة تقتضي عدم كراهة هذه الأشياء، فضلاً عن شدتها.

وكان في التذكرة: إشارة الى هذا، حيث قال - بعد نقل رواية عبدالرحمن على كراهة ما يكثر فائدته، ويقل قيمته -: وقول الصادق عليه السلام: لا بأس بلقطة العصا والشظايا والوتد والحبل والعقال واشباهه (٤) - لا ينافي ما قلناه لحقارة هذه الأشياء، فلا يطبها المالك، ولهذا روي في تنمية الحديث، (ليس لها طالب) (٥) فدل ذلك على البناء على العادة في الاعراض عن هذه الأشياء، فيكون في الحقيقة اباحة عن المالك لها، مع أن نفي التأس لا يضايق الكراهة.

(١) تهم ذكرها آنفاً.

(٢) يعني روايتي عبدالرحمن وحريز المذكورتين.

(٣) راجع الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٤) يعني في رواية حريز للمتقدمة.

(٥) التذكرة ج ٢ ص ٢٥٦.

ولكن ينافيه ما قال بعده: وبالجملّة فاخذ اللقطة عندنا مكروه، ويتأكد في مثل هذه الأشياء، كما هو في العبارات المشهورة، فتأمل.

وبالجملّة لو فرض وجود غيرها، فهذه الحسنة المعللة ليس (١) بأقل من لأن يحمل على نفي شدة الكراهة، فمن أين يجيء الشدة فيها؟ مع أنّ نفي البأس المعلل بأن ليس لها طالب يدلّ على نفي البأس عنه بخصوصه، ولا ينافيه شيء بخصوصه.

نعم المجملات عمولة على الكراهة مع ما تقدم من الروايات وغيرها، مثل ما قال في الفقيه: وقال الصادق عليه السلام: افضل ما يستعمله الانسان في اللقطة اذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها (علو- ثل) أنّ الناس تركوا ما يجذونه لجاء صاحبه فأخذه، فإن كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك لا تعرفه، فإن وجدت في الحرم ديناراً مطلقاً (٢) فهو لك لا تعرفه، وإن وجدت طعاماً في مغارة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فإن جاء صاحبه فرد عليه القيمة، وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لاهلها، وإن كانت خراباً فهي لمن وحدها (٣).

وهذه صريحة في عموم الكراهة، فعليه يحمل الباقي للجمع، ولا يضرب بذلك ارساله، وهو ظاهر، ولو كان قوله: (فإن كانت الخ) من كلامه عليه السلام لفهم منه أحكام أخرى، مثل تحليل القليل، ولقطة الحرم في الجملّة، وعدم الاحتياج الى الحاكم وغيره للتقوم، وغير ذلك، ولكن غير ظاهر.

ويحتمل ان يحمل الدرهم (٤) المطلق على أنه علم إعراض صاحبه عنه فيه، لما تقدم، وعدم الصحة، فتأمل.

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب ليست.

(٢) الديار الأطلس الذي لأتقش فيه والمطلّس مظه (جمع البحرين).

(٣) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٩.

(٤) الظاهر أنه سهو من السامع، ولا هو الرواية، ديناراً مطلقاً.

والمدفون في ارض لامالك لها او المفاوز او الخربة، فهو لواجده.

وفي هذه دلالة ايضاً على عدم تحريم اللقطة عنده بخلاف ما نقل في الدروس، وفي حمل رواية عبدالرحمن المتقدمة (١) على الكراهة دلالة على عدم الحكم بنجاسة ما يوجد مطروحاً من الجلود مطلقاً، فتأمل، وكأنه محمول على وجود القرائن، والعمل بها، والقول بترك القرائن - ولو كان كونه مجلد مصحف، وفي مسجد ليس بسديد، وقد مر البحث فيه، فتأمل، ودليل استحباب الاشهاد ظاهر، فتأمل.

قوله: والمدفون في ارض الخ. دليله صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألت عن الدار يوجد فيها الورق؟ فقال: اذا (ان - خ) كانت معمورة فيها اهلها فهو (فهى - خ) لهم، وان كانت خربة قد جلى عنها اهلها فالذي وجد المال أحق به (٢).

وما في صحيحته ايضاً عن احدهما عليهما السلام، قال: سألت عن الورق يوجد في دار؟ فقال ان كانت الدار معمورة فهو لاهلها، وان كانت خربة فانت أحق به (٣).

والظاهر ان لخصوصية للورق أي الفضة، فغيرها كذلك، ولعدم الفرق، كأنه بالاجماع، هذا في الخربة.

فكأنه حل عليه المفاوز، فإن العلة هي كونها خربة، وعدم اهلها فيها، كما هو الظاهر منها، بل المفازة أولى، اذا خربة كانت معمورة مسكونة في بعض المدة، ألا أنه هلك واجل فيها اهلها، بخلاف المفازة، فأنها دائماً بلا اهل، وكذا الارض التي لامالك لها.

(١) راجع الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ١ وفيه عن أبي جعفر عليه السلام

(٣) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه فأنت أحق بما وجدت.

ومعلوم ان هذا الحكم فيما اذا لم يعلم له مالك بالفعل معين ولا غير معين،
والآ مع التعيين يجب دفعه اليه، ومع عدمه لقيط او مال موحود بيد شخص تعذر
صاحبه، فيتصدق به مثل المال المجهول صاحبه، ويسمى برّد المطالم، وقد مرّ مثله
مراراً، فتذكر.

ومعلوم ايضاً أنّ المراد عدم العلم بملكية الخرابة، بل فهم ذلك ايضاً، والآ
فيعرف المالك فالمالك الى ان ينتهي الى العارف، فيأخذه، والآ فهو لواجده، وفي
بعض العبارات يتصدق به، هذا.

وقد فصله بعض العلماء مثل المصنف في التذكرة، بأنه إن كان ماوجده في
هذه المواضع عليه أثر الاسلام فهو لقطه، والآ فهو لواجده ويريدون بأثر الاسلام
اسم النبي صلى الله عليه وآله او احد حكام الاسلام، قيل ويجب عليه الخمس،
والباقي للواحد، لأنه كثر.

وقيل دليل التفصيل الجمع بينهما وبين رواية محمد بن قيس، عن أبي
جعفر عليه السلام، قال: قضى علي عليه السلام في رجل وجد ورقاً في خربة ان
يعرفها، فان وجد من يعرفها، والآ تمتع بها (١).

وهذه ايضاً تدل على جواز التسليم بمجرد الدعوى وبينها منافاة على الظاهر،
فحملت هذه على ما فيه أثر الاسلام، والأولتان على عدمه.

وانت تعلم أنه لا بد لهذا التفصيل من موجب غير هذا، اد يمكن الجمع
بوجه متعدده.

وقيل وجهه أنه اذا وجد فيه أثر الاسلام يعلم أنه كان بيد مسلم، وظاهر
اليدهوالمالك، فعلم أنه كان لمسلم غير معلوم فصار لقطه، اذ مال المسلم لا يحل الا

من طيب نفسه فلا بد من التعريف ثم التملك ان اراد.

وانت تعلم ان مجرد ذلك لم يكف، اذ قد يحمل الأولتان (١) على ما بعد التعريف، فان هذه مقيدة به، بخلافهما (٢) فيجب التقيده كما تقرن ولايته ما علم كونه النقطة مشروطاً بالعلم بكونه ملكاً للمسلم (مسلم-خ) بل لكل مال ضائع، ولو كان للكتابي او للمعاهد يكون كذلك.

نعم لو علم كونه للحربي الغير المأمون يمكن خروجه عنها، لجواز تملكه فيها (عندهم-خ)، بل يمكن ان يكون داخلاً فيها، ويكون مما لا يجب تعريفه كالقليل، وهو لقطة.

وما علم ايضاً كل مال مسلم غير معلوم هو لقطة، مثل المال المجهول صاحبه الذي يتصدق به له.

وايضاً اثر وصول يد المسلم غير منحصر في السكة التي ذكروها الا ان يكون على طريق المالك.

وايضاً وصول يد المسلم ممنوع، لجواز أن عمله كافر ليعامل به المسلم. ايضاً الظاهر انه مال المسلم الذي انجلى عنه او هلك، او باد، ولهذا شرط ذلك كونه في خربة، والآ قال الكافر للواجد مطلقاً، كما يفهم من التعصيل، وظاهر الرواية (٣) وكلامهم أنه وان كان مال مسلم فهو لواجده.

وبالجملة هذا المجمع غير مناسب والحكم المذكور (٤) كذلك (لذلك-خ)

لما مر.

(١) يعني صحيحني محمد بن مسلم.

(٢) أي بخلاف الاوتين.

(٣) راجع الوسائل الباب ٥ من كتاب القطة.

(٤) يعني للدكر في المتن.

ولعدم صحة رواية محمد بن قيس (١) لالاشتراكه، لم عرفت غير مرة، وأنها ينقل يوسف بن عقيل وعاصم بن حميد عن محمد بن قيس الثقة (٢) خصوصاً كتاب قضايا امير المؤمنين عليه السلام، فإن في كتب الرجال مذكور (أن-خ) محمد بن قيس الثقة، له كتاب قضايا امير المؤمنين عليه السلام يرويه عنه عاصم بن حميد، وهذه الرواية كذلك.

والخاصل أنا وجدنا قرائن شتى على أن محمد بن قيس الذي صريق الصدوق اليه صحيح (٣) - ويروي الشيخ عنه بطريق يصل الى عاصم بن حميد، خصوصاً كتاب قضايا امير المؤمنين عليه السلام - هو الثقة لا غير، وهو ظاهر لمس نظر في فهرست الشيخ والنجاشي واسناد الصدوق في العقبيه، وقد توجد لرواية عنه في النهاية بطريق بعينه هو مذكور في الفهرست عن عاصم بن حميد ومحمد (فمحمد-خ) بن قيس هذا ثقة، وإن كان ناقلاً عن الباقر عليه السلام فقول في درايته (٤) -، كل

(١) راجع الوسائل الباب ٥ من كتاب اللفظة الرواية ٥.

(٢) سندها - كما في التهذيب هكذا، الحسن بن محمد بن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس.

(٣) فإن طريق الصدوق اليه كما في مشيخة العميه هكذا وما كان فيه عن محمد بن قيس ضد روايته عن أبي رحمه الله عن حميد بن عبد الله عن ابراهيم بن هاشم عن عبد الرحمن بن أبي بجران، عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس.

(٤) يعني زين الدين الشهيد الثاني قدس سره، قال في درايته ما هذا لفظه وكلامهم الرواية عن محمد بن قيس، فإنه مشترك بين اربعة، فثانان ثقتان وهما محمد بن قيس الاسدي ابو نصر، ومحمد بن قيس البجلي ابو عبد الله، وكلاهما روى عن الباقر والصادق عليهما السلام، وواحد ممدوح من غير توثيق وهو محمد بن قيس الاسدي مولى بني نصر، ولم يذكرهما عن روى، وواحد ضعيف، وهو محمد بن قيس ابو حمزة وروى عن الباقر عليه السلام حاشية والمر الحاشية ما يطلق فيه هذا الاسم مشكك، والشهور بين أصحاب رد روايته حيث يطلق مطلقاً، نظراً الى احتمال كونه الضعيف.

ولكن الشيخ الطوسي ابو جعفر كثيراً ما يصل بالرواية من غير الثقات الى ذلك وهو سهل على ما علم من

ما ينقله محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام فهو مردود للاشتراك - غير واضح وهكذا (هذا - خ) كثيراً ما يرد الخبر لاشتراكه، ومن جملة هذه قال: في الجمع بطر، لأن محمد بن قيس مشترك، فلا يعارض الصحيح حتى يحتاج إلى الجمع، بل يطرح به، على أن هذه الرواية غير صحيحة، ولو قلنا أن محمد بن قيس هو الثقة، لأنها نقلت في التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة، وقد قالوا أن في طريقه إليه (١) حميد بن زياد، وقال أنه واقفي، والحسن أيضاً واقفي شديد العناد مع هذه الطائفة ومع أبي إبراهيم عليه السلام، فيمكن ردّها لهذا، وهو كاف.

وقد عرفت التخل في وجه الجمع أيضاً، فلا يمكن جعلها موجباً لتخصيص الأولتين، بل ولو ضمت إلى أثر الإسلام كونه في بلد الإسلام، لما تقدم.

وقال في التذكرة بعد حل الأولتين (٢) - على ما ليس فيه أثر الإسلام - ولا يند في ذلك رواية محمد بن قيس، لأنها محمولة على ما إذا كان على الورق، أثر الإسلام، أو على أن المالك معروف.

وقد عرفت ما في الأول، والثاني أيضاً بعيد، إذ الغرض عدم ما لك

حاشي، وقد يوافقه على بعض الروايات بعض الأصحاب بزعم الشهرة.

والتحقيق في ذلك أن الرواية أن كانت عن الباقر عليه السلام فهي مردودة لاشتراكه حسيديين الثلاثة الذين أحدهم الضعيف واحتمان كونه الزابع، حيث لم يدكروا طبقته انتهى موضع الحاجة، من كلام راجع ص ١٦٣ من طبع الخمري سنة ١٣٠٩.

(١) طريق الشيخ إلى الحسن بن محمد سماعة - كما في مشكاة التهذيب هكذا وما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعة هذا أحبرني به أحمد بن عبدون، عن أبي طالب الأنباري، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة.

وأحبرني أيضاً الشيخ أبو عبد الله والحسين بن عبيد الله، وأحمد بن عبدون كلهم، عن أبي عبد الله الحسين بن البرقي، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة.

(٢) يعني صحيح محمد بن مسلم.

معروف، وهذا قال: (ان يعرفها الخ) فكأنه يريد، ان كان له مالك معروف والآن غير معروف ومعلوم، فيجب ان يعرف حتى تعلم، وهو بعيد، مع أنه قد يكون حيث مال مجهول أيس من صاحبه، فيتصدق به او يحفظه، كما مر غير مرة، واستدلنا على الاول باروايات الكثيرة، وفي هذا البحث (المبحث - خ) ايضاً، في متاع رجل كان مع يونس بن عبد الرحمن، فما عرفه بعد ان وصل الى الكوفة وسأل الرضا عليه السلام، فقال له: بعه وتصدق به (١) وقد مر مثله كثيراً في باب الزكاة والخمس وغيره (٢).

والحاصل أن ظاهر الروايتين (٣) هو التملك من غير تعريف وقيد، ولا منبهة بينهما وبين شيء بخصوصه، وان نأفاهما ظاهر بعض الروايات في النقطة وغيرها، يمكن الخروج عنه لجهل

ويؤيده اصل الاباحة وحصر المحرمات (٤)، وعدم ظهور مالك بالفعل، ولا العلم بأنه كان في يد محترمه (٥) يمكن بقاء صاحبها الى الآن، فتأمل واحتط. ثم الكلام في الخمس، فان كان مما يصدق عليه احد الأمور المذكورة الموحية للخمس مثل الكنز الذي يصدق على المدفون، فيمكن ايجابه، لدليل الخمس في المعادن، والآ فلا.

ولكن لم يظهر وجوبه فيما وحد في الحرية والمفازة، الا ان يقلل عموم

(١) راجع الوسائل الباب ٧ من كتاب القطة الرواية ٢.

(٢) راجع الوسائل باب ٧ من كتاب القطة حديث ١٧ ص ٣٥٧.

(٣) يعني صحيح محمد بن مسلم.

(٤) عنه اشارة الى قوله تعالى. قل لأحد ما اوصي الى محرم على طاعم يغمسه الا ان يكون ميتة او دماً

مسموحاً الآية الامام ١٤٥.

(٥) في بعض النسخ يد محترم، والصواب ما أثبتناه.

ولو وجدته في داره او صندوقه المختصين (المختص - خ) بالتصرف
(بالتصرف - خ) فهو له، والمشارك لقطعة.

الخمس في كل ما غنم ويقع بيده، ولم يقل به الموجب هنا، وقد مر البحث فيه في
الخمس فتذكر وتأمل.

ثم ان عموم المتن ونحوه من العبارات ظاهر في عدم التخصيص بما ذكره في
التذكرة ونحوها، وما ثبت المفيد الا من جهة الخمس على الوجه الذي مر، او ثبت
حكم عموم اللقطة بحيث يشملها ولا يمكن تخصيصها، فان فرض ذلك، وثبت،
يكون حكمه حكم اللقطة.

وبالجملية مجرد اثر الاسلام وكونه في بلاد الاسلام، لا يدل على كونه
لقطة، ولا على كونه ملكاً لمن يجب رده اليه والى الآن ماق على تلك الحالة، اذ
الاصل عدم ذلك، ومعلوم انه علم بالقرائن انه خرج عن ملك اقل من وصل الى
يده في خربة باداهها مثل الكوفة الآن، بل يمكن ان يكون الى الامام عبه لسلام،
وهو ظاهر، فان ذلك لمن يعرف، بل يحكم بحفظه له او التصديق على مساكين البلد
او انه مباح للشيعة.

قوله: ولو وجدته في داره او صندوقه الخ. دليله صحيحة جميل بن صالح
- الثقة - قال: قلت: لابي عبدالله عليه السلام: رجل وجد في بيته (منزله - يب ثل)
ديناراً، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير. قال: هذه لقطة، قلت: فرحل قد
وجد في صندوقه ديناراً قال: يدخل احد يده في صندوقه غيره او يضع فيه شيئاً؟
قلت: لا، قال: هو له (١).

وهذه تدل على حكم الدار المختصة بالمعهم، والمشاركة بالمنطوق، وفي
الصندوق بالعكس.

ولا يملك الا بعد التعريف حولاً، ونية التملك، وان بقيت احوالاً.

والظاهر عدم الاختصاص بالصندوق والبيت، بل يعمها (معها - خ).
وكأن المصنف عتبر البيت بالدار اشارة الى عدم الاختصاص، فالحكم جار
في كل مشترك محتمل، وعتص غير محتمل إلا له، وان لم يعرف ولم يعلم أنه له، إلا
ان يعلم عدم كونه له فيتبع.
وأيضاً الطاهر (طاهره - خ) ان التعريف حينئذ للمشاركين - ومن يحتمل
كونه لهم - على وجه الاعلام لا تعريف اللقطة، وهو ظاهر.
واعلم أن المختص والمشارك صفتان للدار والصندوق لكل واحد واحد،
وكأن التذكير للتغليب، او صفتان للصندوق. وحده وحذف صفتها للدار للظهور
اكتفاء بالمذكور، اد ماثبت كون الدار حده مقتضياً لكونه صفة مؤثلاً، والأمر في
ذلك هين.

قوله: ولا يملك الا بعد التعريف الخ. اشارة الى شرائط اللقطة، وهو
التعريف سنة، لما تقدم، وقصد التملك، كما مر فلا يملك قبل السنة ولا بعدها قهراً،
بل لابد من نية التملك، وقد مر.

ولكن الطاهر أنه لا يحتاج الى اللفظ، للاصل، وطاهر الروايات، بل
ظاهرها بغير النية، ولكن اعتبرت، كأنه بالاجماع او غيره، كما مر.
ويفهم من التذكرة الاحتياج، حيث قال: اعتبرنا في تملك اللقطة النية،
واللفظ الخ.

وقال بعده أيضاً، ثم نوى التملك وملك باللفظ الخ.
وقال في موضع آخر: كلما جاز التقاطه يملك بالتعريف حولاً ائماناً او
عروضاً عند علمائنا أجمع.

وغرضه هنا الاشارة الى رد الخلاف بالفرق بين العروض والاثمان،

ولا يضمن إلا بنية التملك ، او التعدي .
ولو دفع الى الحاكم ، فباع ، دفع الثمن الى الملتقط ، ان طلبه .
وهي امانة في الحول .

فتأمل .

قوله : ولا يضمن إلا بنية التملك الخ . يعني القطة لا تضمن إلا بقصد التملك في أي وقت كان ، وكذا يضمن لو لم يقصد التملك وحفظه على أنه امانة ، ثم تعدى في الحفظ .

والمراد به هنا ترك ما يجب وفعل ما يحرم مما يوجب الضمان .
ويشكل الحصر بأنه اذا تصدق ايضاً بضمن ويمكن ان يقال المراد مع بقائه عنده لا يضمن إلا على أحد الوجهين او الضمان الحتمي ، وفي التصديق (١) يحتمل الضمان بان لا يرصى ، وعدمه ان رضى ، فتأمل .

قوله : ولو دفع الى الحاكم الخ . وجه دفع الثمن الى الملتقط له ولاية فلا ينبغي اخراجه عنها من غير ظهور خيانة ، ولأنه انما يتصدق او يملك بعد التعريف ، وبالجمله مازال ولاية الالتقاط وحكمه عن الملتقط بالبيع ، بل انتقل من المبيع الى الثمن ، الا أنه لا بد ان يعرف المبيع كما مر ، وانما دفع اليه للبيع ، اذ ليس له ولاية البيع ، فان الحاكم هو وكيل الغائب عندهم على الظاهر ، فقوله : (ولو دفع) اشارة الى وجوب البيع باذنه ، كما مر من كلام التذكرة مع التأمل .

قوله : وهي امانة في الحول . وذلك معلوم حيث اخذه بأمر الشرع وحفظه ايضاً في الحول كذلك باذنه ، فلا ضمان الا مع التعدي .

ويفهم من التذكرة أنه لو ترك التعريف ايضاً كان امانة ، وكان وجهه أن هذا المال امانة ، ولو فعل الأمين حراماً لم يكن متعدياً في الامانة ولم يخرج عنها .

(١) في السحتين المخطوطتين ، الصندوق بدل التصديق ، والصواب ما ثبتناه .

والزيادة فيه للمالك . ولا يضمن الا بالتفريط وبعده كذلك ،
ان لم ينو التملك ، فان نواه ضمن ، والزيادة المنفصلة له .

ويمكن ان يقال : هذا تفريط في الأمانة ، اذ قد يعلم المالك بتعجيل
التعريف (١) ويفوت عنه بالترك ، فكأنه ترك الحفظ والتعليم الى المالك .
ولو قبل ان التعريف فوري لا شك في ذلك ، وقد مر البحث في ذلك
ايضاً .

و (قد - خ) علم ايضاً كونه مضموناً بعد الحول ونية التملك مما سبق ،
فتذكر .

قوله : والزيادة فيه للمالك الخ . وهو ظاهر متصلة كانت او منفصلة ،
لأنه لما ملكه ، مادامت العين باقية على ملكه ، وهو قبل التصديق ونية التملك
كذلك ، فيكون النماء له ، بخلاف النماء المنفصل بعد النية ، فإنه للملتقط ، وان
كان ضامناً ، ويرجع الملك الى مالكه بعد الوجدان ، لأن الملك كان للملتقط الى ان
يجد المالك ويطلب ، ووجود المالك وطلبه ليس يبطل للملك السابق ، بل موجب
للاقطاع دون المتصل حينئذ .

ولكن (٢) وجوب رد المثل او القيمة لا العين ، مشعر بكونه ينبغي أن
لا يكون حينئذ النماء المتصل ايضاً بعد التملك والضمان للمالك ، بل لملتقط ، لأنه
نماء ملكه ، ولا يجب رده كالقرض ، فقيد المنفصلة محل تأمل ، وكذا قوله : (ولا يجب
دفع العين) مع أنه لا يلائم قيد المنفصلة ، فتأمل .

وايضاً لا يلائم توسط (الا بالتفريط) وكان ينبغي تقديم (لا يضمن الا
بالتفريط) على قوله : (والزيادة) او تأخيرها عن قوله : (وبعده كذلك ان لم ينو

(١) في السحيتين من النسخ المخطوطة : تعجيل التفريط ، والصواب ما ثبتناه .

(٢) في السحيتين من النسخ المخطوطة : ويمكن وجوب رد المثل ، والصواب ما ثبتناه .

ولا يجب دفع العين مع المتصلة.

التملك) بل ما كان يحتاج اليه الآ الى قوله: (وان فان نواه ضمن) لما تقدم عن قريب، وكأن الاعادة للاشارة الى ضمان الزيادة.

قوله: ولا يجب دفع العين الخ. قد مر البحث ايضاً في الجملة، وهو الظاهر من التذكرة ايضاً.

قال في التذكرة: ولو لم يدفع العين الملتصقة، فالاقرب أنه ليس للمالك انتزاعها، لأنها قد صارت للملتصق، فلا تنتقل عنه الآ بوجه شرعي كالقرض (فأنه - خ) ليس للمقترض بعد تملك المقبوض الرجوع في العين، وهو احد وجهي الشافعية، والثاني - وهو الأظهر عندهم - أن له انتزاع العين الخ.

وفيه تأمل، فإن الظاهر وجوب رد العين مع الوجود، والآ القيمة او المثل، فإن دليل وجوب الرد هو بطلان التملك حين وجدان المالك والمطالبة، وذلك يقتضي وجوب رد عين المال مع التماثل المتصل، فاذا ثبت الرد، ثبت رد العين، فإنه المقتضي للدليل.

ودليل التذكرة يقتضي عدم وجوب رد العوض ايضاً، فتأمل.

وبالجملة ظاهر الاخبار دفع العين على أي وجه كانت.

نعم لو كان هناك ثناء منفصل، يمكن ان يكون للملتصق، لأنه ثناء ملكه، من غير نزاع واشكال، كالقرض.

وقال في التذكرة: اذا زادت اللقطة بعد تملك الملتصق بها، ثم جاء المالك، فإن كانت الزيادة متصلة تبعت العين، واخذها المالك وزيادتها، لأن الزيادة المتصلة تتبع العين في الرد بالعيب وفي الاقالة، فكذا هنا، لأنها إنما تبعت هناك، لكونها بمنزلة الجزء من العين، وهذا المقتضى موجود هنا، وإن كانت الزيادة منفصلة فهي للملتصق خاصة، ويأخذ العين المالك مسلوقة الزيادة، كالولد والثرثرة، لأن الزيادة نمت على ملك الملتصق، وهي مميزة غير تابعة للعين في الفسوخ.

بل المثل او القيمة وقت الانتقال.

ولا يضمن المولى بتفريط العبد، ولو اخذها المولى، او أمره بالالتقاط، ضمن.

ولا يجب الدفع بالوصف، وان خفي، فلوردها به ضمن، ان اقام غيره البينة، ويستقر الرجوع على الآخذ، ان لم يكن اعترف له بالملك.

هذه كالصريجة في عدم رد الانفصلة مع رد العين، كما قلناه.
قوله: وقت الانتقال. اشارة الى انه عليه قيمة يوم تملك الملتقط له لا وقت الوجدان، لأن ذلك الوقت انتقل عن ملك المالك، ولزم العوض على الملتقط للمالك، فتأمل.

قوله: ولا يضمن المولى الخ. وجه عدم ضمان مولى بتفريط عبده ظاهراً على تقدير عدم اذنه.

وكذا يحتمل على تقدير الاذن فانه ما اذن له في التفريط، بل وعلى تقدير الاذن يضاً لا يلزمه، غاية الأمر انه فعل قبيحاً.

وعلى تقدير ضمانه ينتظر حتى ينمق، كبعض الضمانات عليه ولكن قوله: - (ولو اخذها المولى او أمره بالالتقاط ضمن) - مشعر بضمان تفريط لعبد مع الاذن بالالتقاط له، فيكون الاول مخصوصاً بما اذا لم يؤذن.

ولعل وجهه ان الاذن في الالتقاط مستلزم لالتزامه لوازم الالتقاط، فكانه الملتقط والمفريط، فتأمل.

ولكن الاصل يقتضي العدم واللزوم ممنوع، فان المأذون في التجارة اذا فرط لم يضمن للمولى.

قوله: ولا يجب الدفع بالوصف الخ. قد مر انه يجوز ولا يجب، ولكن على

ولو اقام كل منهما بيّنة، اقرع مع عدم الترجيح.
 فان كان دفعها بالبيّنة، وحكم الحاكم الى الاول، لم يضمها
 للثاني، والآ ضمن.
 ولو تملك بعد الحول، ثم دفع الى المدعى بالبيّنة العوض،
 ضمن لثاني على كل حال، ويرجع على الاول.

تقدير الجواز يضمن للمالك ان جاء واثبت كونه له، ويستقر الدفع على الأخذ أولاً
 يعني يرجع اليه الملتقط ان يعترف (١) بأنه صادق وأنه له.
 قوله: ولو اقام كل بيّنة الخ. الحكم بالقرعة. مع البيّنة من الجانبين
 وعدم الترجيح بالمرجححات المقررة ظاهر، وكذا الترجيح بها.
 قوله: فان كان دفعها بالبيّنة الخ. أي ان كان دفع الملتقط اللقطة الى
 الاول بالبيّنة، وحكم الحاكم له بها، لم يضمها للثاني، وهو ظاهر، وأما لو اعطاه
 اياها بغير ذلك - ولو كان بالبيّنة بدون حكم الحاكم - يضمن للثاني، اذ لم يكف
 لوجوب عندهم البيّنة مطلقاً، بل لابد من ضم حكم الحاكم اليها في الاحكام،
 ألا ما استثنى مثل الهلال، وسيأتي تحقيقه، ومرة الإشارة إليه، وأما بدون البيّنة
 فقد مرّ أنه يضمن.

ولو اعطى بالوصف المحض على غير المالك، مع جواز اعطائه حينئذ اويّنة
 واحدة عدل مفيدة للظن الخالب، وقد جوّز الاعطاء حينئذ على الاحتمال في
 التذكيرة لحصول الظن.

قوله: ولو تملك بعد الحول الخ. يعني اذا مضى الحول مع التعريف
 وحصل جواز شرائط الملك فتملك، ثم جاء شخص ادعى كونه له، وأثبت بالبيّنة،

(١) هكذا في النسخ، ولعلّ الصواب، ان اعترف.

فالظاهر عموم الكراهة وعدم تملك القليل والكثير في الحرم على القول
لكراهة لقطة الحرم والآ فيحرم فيه ويكره في غيره، لأمرو، وإن ثبت جواز تملكه في
غير الحرم بالدليل، والآ يمنع هناك ايضاً، فتأمل، ركاته ترك للاجماع.
وما روي في الصحيح، عن الفضل بن غزوان، قال: كنت عند أبي عبد الله
عليه السلام، فقال له الطياري: ان ابني حمزة وجد ديناراً في الطواف قد انسحق
كتابته، قال: هوله (١).

لجهل حال الفضل بن غزوان.

وما روي في الصحيح، عن محمد بن رجاء الخطاط، قال: كتبت اليه اني
كنت في المسجد الحرام رأيت ديناراً فاهويت اليه لأحذه فاذا انا بأخر ثم بحثت
الحصى، فاذا انا بثالث، فساخدتها فعرفتها، فلم يعرفها احد فسا تأمرني في ذلك
جعنت فذاك؟ قال: فكتب الي قد فهمت ما ذكرت من أمر الدينارين تحت ذكرى
موضع الدينارين، ثم كتب تحت قصة الثالث، فان كنت محتاجاً فتصدق بالثلث،
وان كنت غنياً فتصدق بالكل (٢).

اذ حال محمد غير ظاهر، مع المكاتبة، وعدم ظهور المكتوب اليه اماماً،
وعدم القائل بها، وامكان التأويل، فانه مع الحاجة يكون بمنزلة التصديق، فيكون
دليلاً على جواز ملقوط الحرم لنفسه، (و-خ) في مقام التصديق، وذلك غير بعيد، كما
في الكفارة وقد تقدمت الرواية في ذلك، في الصوم، فتذكر وتأمل.

ويمكن حملها مع كونها غير صحيحتين ومهجورتين. على علمه عليه السلام
يجوز ذلك للواجد، بان يكون له على صاحبه حق يستحقه ذلك، او يكون له

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب القطة الرواية ٤ وفيه الفصيل بن غزوان، ورواها ايضاً في الباب ١٧

من ذلك كتاب الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من كتاب القطة الرواية ٢.

عليه السلام: فبِهِ وتصدق بثمنه على اهل الولاية (١).
ولو كان قائلاً به ما كان للقول به بأس، كما تقدم في المال المجهول، وهو
مؤيد لأخذ ما وجد في الحرية ونحوها والصندوق، فتأمل.
ويمكن حمل البعض على مثله، وغير ذلك، فتأمل.
وايضاً تدل على جواز اخذ ما في بطن الحيوانات بعد تعريف البائع
صحبة عبدالله جعفر الحميري. في الفقيه، قال: كتبت الى الرجل عليه السلام
أسأله عن رجل اشترى جزوراً او بقرة او شاة (او غيرها - خ) للاصاحي، فلما ذبحها
وجد في جوفها صرة فيها دراهم او دنانير او جواهر او غير ذلك من المنافع، لمن يكون
ذلك، وكيف يعمل به؟ فوقع عليه السلام: عرفها البائع فان لم يعرفها، فالشيء لك
رزقك الله ايّاه (٢).

وكأن هذه دليل ما ذكروه في الارض للمباحة ايضاً، فينبغي تعريف البائع
فالبائع الى المعلوم، وان كان المذكور في الرواية البائع الاخير فقط.
واستشكل في القواعد تتبع البائع فالبائع، والاصل والرواية ينفيه،
ولاشك أنه الأولى، فان علم بأن ادعى أحد ذلك سلم اليه ما وجد في ملكه، بغير
بيئة ولايمين وامارة، لظاهر اليد الدالة على الملكية، وظاهر الرواية المتقدمة.
وكانها دليل ما يوجد في بطن سمكة، ففيها يحتمل التملك من غير تعريف،
على مذهب من يقول باعتبار النية في تملك المباحات اذا كان ممّا صيدت.
وأما اعتبار النية (٣) لو كانت في ملك البائع فيكون حكمها حكم البقرة

(١) نوبختي، كتاب ٧ من كتاب النقطة الرواية ٢ وبه كما في الفقيه، قال: سأته عليه السلام في
كتاب عن رجل الخ.

(٢) الوسائل الباب ٩ من كتاب النقطة الرواية ٢.

(٣) في النسختين المخطوطين البيته بدل النية.

وكذا في الغزلان، ونحوه.

ولا شك أن الاول والأحوط هو مضمون الرواية، إذ قد يكون صيداً واكل في ملكه بعد قبضه شيئاً او قصد تملك ما في خوفها ايضاً، او يكون تابعاً مثل بعض ما في بطنها من الأشياء.

وعموم الرواية للبقر يشمل البقر المصيد من البر وغيره.

وايضاً علم عدم الفرق بين وجود اثر الاسلام فيه وعدمه، فهي مؤيده لما تقدم من عدم الاعتبار فيما قلعناه، فيما وجد في الخربة والمعازة، فتذكر. والظاهر أنه لم يجب الخمس في مثله ولا تعريفه، ولم يكن حكمه حكم النقطة، وإن كان فيه اثر الاسلام، لظاهر الرواية والاصل، وقد منع أنه وقع بيد المسلم، لما تقدم فيما يوجد في المفازة، وكأنه لاخلاف فيه.

قال في التذكرة: ويحتمل أن يكون لقطة، ولكن علمائنا على الاول، على أنه أحق بعد تعريف السائح فقط، فالخلاف من الناس (الثاني - خ) يخالف الرواية، وقول علمائنا، بل يملك في الحال، ولم يعلم اعتباريته حينئذ، بل ظاهر الرواية عدمه ويمكن عدم التملك قهراً للاصل، ويجوز امساكه لأن يوجد المالك.

ويحتمل أن يكون عدم قصد العدم او ما يستلزمه شرطاً، او يكون ماله ويحفظه لأن يوجد المالك تبرعاً، والظاهر أن حكم مائر التملك كالبيع.

«المقصد العاشر في الغصب»

وفيه مطلبان

الأول في اسباب الضمان.

المقصد العاشر

في

«الغصب»

قوله: في الغصب: قال في التذكرة العصب أخذ مال الغير على جهة التعدي، وقيل: الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً، وقيل: الاستيلاء على مال الغير، وهو اعم من الأول (الأولين - خ)، وقيل: الاستيلاء على مال الغير بغير حق، ولا حاجة الى لتقييد (بالعدوان) بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان، كما لو اودعه (اودع - خ) ثوباً عند انسان ثم جاء واخذ ثوباً للمستودع بظن (على ظن - خ) أنه ثوبه، وهذا أعم من الأوائل (١).

لعل المراد بالاستقلال عدم مشاركته مع المالك او المتصرف بالحق والاذن كالمستأجر والجالس في الوقف ونحوه، وان كان ظاهر العبارة لا يفيد ذلك، بل يعتبر

(١) التذكرة ح ٢ ص ٣٧٣. وراى فيها بعد قوله: بظن أنه ثوبه، لو ابيه المستودع على ظن أنه ثوبه.

عدم شركته معه في اثبات اليد عدواناً (١) ويكون عادياً وحده.

وايضاً الظاهر أن العدوان والتعدي يعتبر فيه كون الفاعل ظالماً وآثماً، ولهذا لا يرخص العادي لأكل الميت في حال الاضطراب.

فالظاهر أن التصرف في مال الغير غلطاً ونسياناً لا يسمى عادياً ولا غاصباً، والفرق بينه وبين حق (٢) واضح، لأن كلاهما يصدق في المثال المذكور، ويوجدان مع عدم الاثم وضع اليد.

بل يمكن ان يقال: ظاهر (بغير الحق) ايضاً لم يشمل صورة الخطأ والنسيان، مثل المذكور، فانه غير ممنوع شرعاً بل مأذون شرعاً للمتعصرف (التصرف - خ) بناء على ظنه، ما لم يظهر خلافه، كالظان للطهارة والواطيء للشبهة غير زوجته، فأنهما مأذونان بالدخول، بل مأموران فكيف يكون بغير حق.

وايضاً لابد ان يعتبر في الاستقلال الاستيلاء ايضاً، أي الاستقلال (الاستيلاء - خ) والتسلط حتى يكون أعم منه مطلقاً، ومعلوم أن مطلق التصرف ووضع اليد - ولو كان بالاستقلال - ليس باستيلاء.

ويعلم الاستيلاء من مواضع من التذكرة، قال فيها: ولو دخل دار غيره او بستانه لم يضمن بنفس الدخول من غير استيلاء، سواء دخلها باذنه او بغير اذنه وسواء قصد ذلك او ظن أنها له الخ.

وكأنه يريد به (الأول) (٣) ما تقدم من التعريفين، وكأنه لقرب مضمونها قال: الأول، وكان الأولى الأولين (الأولى - خ) ألا أن يريد الأول فقط.

وايضاً ليس بواضح وجود الغصب ولا حكمه مطلقاً، قال في المثال

(١) في النسختين المخطوطين، بعد قوله "في اثبات اليد ولما ان يكون عادياً وحده.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب وبين غير حق.

(٣) المراد منه ما قاله قلم منزه في أول البحث من قوله: وهو أعم من الأول.

المذكورة: وكذا لو لبس الثوب المستودع بظن أنه له على ما أصابه الشيخ علي في شرح القواعد، لما مر، وأن (لأن-خ) الودعي أمين، ولا يخرج عنه إلا بالتعدي والتفريط، أي حمل ما لا يجوز أو ترك ما يجب، وليس هذا شيء منها.

وظاهر أن في الأخذ ليس بغاصب يجري عليه حكم من الضمان مطلقاً وأخذه بأشق الأحوال، وكونه ضامناً للأجرة ونحوها.

وأيضاً أن ليس المراد بالمال هو عين المصوب منه، بل أعم، حتى يجري الغصب في الوقف ونحوه.

وأيضاً معلوم أنه ليس كل ضامن غاصب، كما صرح في القواعد والمتن، فلا يضر عدم شمول التعريف لبعض الضمانات، إلا مع تحقق الغصبية وعدم جواز التعريف بالأعم، ولو كان لفظياً وكون الغصب كافياً للضمان، إذ قد يقال: يمكن أن يكون له شرط آخر، فتأمل.

وإذا تأملت ما ذكرناه لعلك تجد عدم ورود بعض المناقشات على التعريفات المذكورة وورود غيرها، ولكن ذلك غير مهم، إنما المهم تحقيق معنى الغصب الموجب للضمان.

اعلم أن الفقهاء رتبوا على الغصب أحكاماً مخصوصة من الضمان على وجه خاص وغيره، فهو قسم خاص من الأقسام الموجبة للضمان الخاص، ولهذا قالوا إنه حرام وموجب للضمان بالكتاب والسنة (١) والاجماع، وليس كل أسباب الضمان

(١) أما الكتاب فهو قوله تعالى: وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَسْكُمْ بِالْيَاطِلِ. النساء: ٢.

وقوله تعالى: وَلَا تَسْتَدْرِكُوا إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكُمْ. المائدة: ٨٧.

وقوله تعالى: وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا. المائدة: ٤٨.

ولما الإخبار من العامة لا يحمل مال لمرء مسلم إلا بطيب نفس منه (كر الصالح ج ١ ح ٣٩٧).

ومن الخاصة ما عسى للصادق عليه السلام عن أبياته عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث الكاهن: قال:

كذلك .

الكتاب آية السرقة (١) ونحوها مما يدل على تحريم الظلم، والاختبار كذلك من الخاصة والعامة (٢) والاجماع اتفاق الأئمة، مع أنه ليس موارد مخصوصة في لكتاب والسنة إلا قليلاً من السنة، وليس له معنى شرعي منقول من الشارع: وهو ظاهر متفق عليه، بل أنها هو اصطلاح الفقهاء، ولهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن ان يكتفى فيه بما يفهم من اللغة، وما ثبت له من الاحكام اليقينية، لأن الأصل عدم النقل وعدم ثبوت حكمه إلا ما ثبت فيه بالاجماع والنص مما يفيد اليقين او الظن المعبراً شرعاً.

فيمكن ان يقال: هو أخذ الشيء ظلماً، وهو التعريف الاول من التذكرة، فتأمل بل ان يعرف ما خص منه، بأن يأخذ معه قيد الاستيلاء ولقهر، اذ في العرف لا يسمى السارق في الخفية ضعيفاً أنه غصب، فان الغصب يعتبرون (يعتبر-ح) معه استيلاء وغلبة طاهراً وذلك الاحكام مشتركة اذا وجد الظلم، سواء بوحده القهر والغلبة ام لا، على الطاهر، فتأمل.

قال في القاموس: غصبه أخذه ظلماً، والمراد بالأخذ في التعريف لقبض عندهم الذي يعد اثبات يد وتصرفاً موجباً للقبض والضمان، كما سيأتي تفصيله أنه في المنقول، وكذا في غيرذا (غيره-خ) كذا.

من جاء حاره شبراً من الأرض حمله الله طوقاً في عنقه من نخم الأرض الساعة حتى يلقى الله يوم القيامة مطوقاً
الآب بنوب ويرجع (الوسائل كتاب العصب الباب ١ الرواية ٣).

وفي الرواية ٤ من هذا الباب عن صاحب الرمان عليه السلام، قال: لا يمن لأحد ان يتصرف في مال غيره بغير إذنه وبغيرهما ج ١٧ ص ٣٠٩ وراجع كتاب الدروس أيضاً كتاب العصب من ٣٠٦ وكتاب العصب من التذكرة ج ٢ ص ٣٧٣.

(١) وفي بعض النسخ المخطوطة، الاكتاب آية السرقة وفي بعضها الاكتاب آية السرقة.

(٢) وفي النسخ المخطوطة وإن صار كذلك والاصواب ما أثبتناه.

وهي ثلاثة مباشرة الاتلاف للعين، او المنفعة، كقتل الحيوان،
وسكنى الدار.

وقد مرّ (فَسْر-خ) ايضاً المراد بالظلم، التعدي عن الحدّ الشرعي الذي هو
قبيح وحرام عقلاً ونقلاً، وموجب للّعن والغصب، كما يدلّ عليه القرآن والحديث،
وبالجملة مانتعّب في تحقيق معناه اذ غير وارد في الشرع (١) بحيث يكون الحكم
الواضح المقرّر متعلق (٢) به، فمع تحققه يتحقق، ويتبيّن الأمر، بل لا بدّ من تحقيق
معناه ان نتعّب في استخراج حكمه، وذلك كاف وقد مرّ مثله في تحقيق الجهة، كما
لا يحكم بشيوت حكمه ألا فيما ثبت ذلك الحكم بالدليل، فان كان دليل غير كونه
غصباً، فلا يحتاج الى تحقيق الغصب، وان كان في موضع مجرد كونه غصباً فيقتصر
بما قدّمناه من تعريفه، فان وجدنا صادقاً عليه تحقيقاً -وعلمنا ان حكم الغصب
بالدليل حكم الغصب- حكمنا به فيه، والارجعنا الى اصل عدم كونه غصباً وعدم
زيادة حكم في الغصب، ألا ما ثبت، فتأمل.

قوله: وهي ثلاثة مباشرة الخ. يعني اسباب الضمان المطلق التي يترتب
عليه الضمان في الجملة الذي احد اسبابه الغصب الذي هو المقصود بالبيان لانه
عظيم كثير والبحث عن غيره استطرادي.

اولها مباشرة الاتلاف، أي مباشرة شخص اتلاف المضمون بأن (٣) يياشر
احراجه عن الانتفاع بالمرّة، او عمّا كان عليه، فنقص انتفاعه و(أو-خ) نفعه، او
قيّمته، او بعض من عتقه (٤) مثل من قتل شخصاً بنفسه بالسيف او رمى بالسهم فقتله.
والظاهر ان لاختلاف في كونه موجّباً للضمان مطلقاً، سواء كان عمداً او

(١) في النسخين من النسخ، وغير وارد في الشرح، والصواب ما أثبتناه.

(٢) هكذا في النسخ، والصواب، متعلقاً به.

(٣) في النسخين من النسخ المخطوطة: وبأن يياشر.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة، بعض من غصبه.

والتسبيب، وهو فعل ملزوم العلة، كحضر البئر في غير الملك .

خطأ عالماً او جاهلاً، من غير ان يكون مالاً مملوكاً ماذوناً في اتلافه، مثل اكل طعامه وذبح شاته باذنه، وسواء كان اتلاف عين كقتل حيوان شخص محترم او اتلاف منفعة بأن أخذ انتفاع عين مثل ان سكن دار شخص بغير اذنه.

الثاني السبب، بان يكون سبباً بعيداً للاتلاف، وقيل هو فعل ملزوم للعلة المتلفة وهو فعل المباشر أي مباشرة الاتلاف كحضر البئر في غير ملكه من غير اذن، فإنه ملزوم القاء المتلف، هو علة التلف القريبة.

اعلم أن الملزومية غير ظاهرة، إنما الظاهر كونه موقوفاً عليه للعلة، وأنها لم يتحقق إلا بعد تحققه، لا أنه لازم لوجوده، فإنه معلوم عدم استلزام الحضر للتردي، الالقاء.

لعل المراد بالملزومية ذلك المقدار فقط، اذ لا يحتاج الى شيء بعد وجوده إلا المباشرة، فتأمل.

وقد نقل عن شرح المتن، أنه زيد على ذلك قصد التوقع تلك العلة واعتراض بأنه لم يصدق إلا على غاصب تقدم طعام الغير الى الأكل، واول بأن المراد شأنه ان يقصد، ولا يخفى عدم الحصر (و-خ) في عدم الاحتياج الى هذا القيد مع التأويل، وعدم الصحة بدونه، ونحن مانقندر على الفهم المذكور في المتن فكيف مع الزيادة، وقد عرفت بأنه فعل ما يحصل عنده التلف، لكن لعلة اخرى، ولفظة (عنده) (١) غير مناسب، والآخر تعريف لا بأس به.

على أنه (٢) بنى الشهيد رحمه الله وجه عدم الصمان في كثير من المسائل بين

(١) يعنى في قوله: ما يحصل عنده التلف.

(٢) وانظروا ان مراده قدس سره وان كانت العبارة قاصرة عنه، أن الشهيد رحمه الله تعالى مرق بين السودن بحرارة الشمس والقلب بالهواء وبين المنع من الجلوس على البساط ونحوه بالصمان في الأول وعنده في ثاني معصلاً بأنه ما قصد حصول العلة في الثاني حيث قال: ولو تمتع من المقود على بساطه يوم امساك دأته

وطرح (ترك - خ) المعائر في المسالك، واللقاء الصبي، أو الحيوان العاجز عن الفرار، في مسبعة، وفك قيد الدابة، والعبد المجنون، وفتح قفص الطائر، وإن تأخر طيرانه. ودلالة السراق.

الدَّوْبَانُ بجمرة الشمس والقلب بالهواء والمنع من الجلوس على البساط ونحوه، بأنه ما قصد حصول العلة.

الثالث قصر القصد (١) الذي تقدم، وسيجئ في الكتاب. وأعلم أن بين هذه الأسباب عموماً وخصوصاً من وجه، بحسب التحقيق، ويمكن الشأن بحسب الحمل (٢)، فتأمل.

ومن الأسباب المدودة، طرح ما يلزق منه الشيء، في المسالك، سواء كان عاماً أو خاصاً بارياب الزقاق، وكذا اللقاء الصبي أو المجنون العاجز عن الفرار في مسبعة، ويمكن أن يكون الكبير القادر أيضاً كذلك، أن عاجز عن الفرار اتفاقاً، ويمكن ادخاله تحت العاجز، وكذا فك قيد الدابة فانزمت وضاعت وتلفت، وكذا فك قيد العبد المجنون، وكذا فتح قفص الطائر، وإن لم يطير في الحال، بل بعده.

والظاهر أنه في هذه الحالات لو تلفت ما تقدم بغير الجهة التي فعل السبب، مثل أن مات الطير بعد فك قفص الطائر، أو مات العبد أو الدابة، لم يكن فاعل السبب ضامناً، لعدم مدخلية السبب، مع عدم وضع اليد الموجب للضمان مطلقاً. وكذا دلالة السراق عند المصنف هنا، لأنه سبب وله دخل، مجرد السرقة،

للمسئلة ما تفسر التلف فلا ضمان. إل أن قال: وضمن لو فتح رأس زق فقال ما فيه تنفسه أو ما نقله أو تقاطر لم يتلف استعمله أو ناداة الشمس أو انقلبه بالريح على الأرض وغيرها من الامثلة المذكورة في كلام الشهيد فتش سره راجع الدروس ص ٣٠٦ و ٣٠٧ من الطبع الحجري.

(١) في بعض النسخ المخطوطة، الغصب بدل القصد.

(٢) وفي بعض النسخ: ويمكن الشأن بحسب الحمل، ولم يهم المراد من هذه الجملة.

وازالة وكاء الظرف، فيسيل اذا لم يحبس غيره، او يسيل ما
الآن الارض منه، او بانقلابه بالريح، او باذابة الشمس، على اشكال.
او قبض بالسوم (للسوم - خ) او بالبيع الفاسد، او استوفى
المنفعة بالاجارة الباطلة.

اذ لولا الدالة لما سرق، اذ هو الفرض فيصدق عليه التعريف بالسبب، اذ ليس
المراد ملزومية (بلزومية - خ) الفعل، لما عرفت، فنع الشارح قصد (١).
نعم يمكن ان يقال: المباشر اقوى.

وكذا ازالة الوكاء أي ما يشد به رأس ظرف، فسال مافيه، وكان لا يحبس
الا الوكاء او فتح رأسه فسال قطرات، والانت الارض التي هي اسفل الظرف
فسقط فتلف مافيه، وكذا لو انقلب الظرف بعد فتح رأسه فتلف مافيه، او تلف (٢)
فاذاب الشمس مافيه.

والظاهر عدم الاشكال في الصورتين، اذا علم كون فعله سبباً فقط، لا غير
ولم يعلم اسناده الى غيره بالكلية.

قوله: او قبض بالسوم الخ. دليل الضمان بالقبض بالسوم غير ظاهر،

(١) هكذا في جميع النسخ وينبغي نقل كلام شارح القواعد، قال في جامع المقاصد - في شرح قول
المصنف: ولو فتح باباً على مال سرق او دله سارقاً الخ.: ما هذا لفظه، قد وقع للمصنف في الارشاد ان حكم
بالضمان بدلالة الشرف، وهذا لا ينطبق على اصول مذهبنا من ان البشر مقدم على التبع في الضمان، حيث
لا يكون صعباً، وربما حل على كونه الدالة مستأسماً على ذلك للمال، فانه يصح بذلك.

نكرر قد شيخنا في شرح الارشاد ونعم مقال: ان هذا الحمل تعسف، لانه قد ذكر في التحرير اشكالا
في المسألة، وعلى هذا الحمل فلا وجه للاشكال المذكور، والأصح خلاف ذلك، وعلى ما يظهر من شرح الارشاد
فالمصنف حانف بذلك جميع الاصحاب انتهى ج ١ ص ٣١٢ من الطبع المحري ولتشكل ايضاً في المسالك - عن
المصنف بعد نقل كلامه عن الارشاد (راجع باب المصنف عند شرح قول المصنف: وكذا لو فتح باباً على مال
الخ.).

(٢) وفي بعض النسخ او تلفظ بدل تلف، ولعل الصواب وانطقت.

ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً - او حبس مالك الماشية عن الحفظ، فتلفت، او غصب دابة فتبعها، الولد - ففي الضمان نظر.

الآ الحديث المشهور، على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) وصحته ودلالته غير واضحين، والاصل براءة الذمة، والغرض عدم التعدي والأخذ برضاء المالك، فالضمان محل التأثر، بن خلافه قريب، وان كان هو المشهور، والظاهر أنه ليس باجماعي، وقد مر.

ولهذا قال في القواعد: والتوم على اشكال وكذا البيع الفاسد، واستيفاء المنفعة بالاجارة الباطلة باجرة المثل لا العين، ويحتمل اقل الأمرين منها ومن المستقى ظاهراً، وضمان البيع الفاسد دليله القاعدة المشهورة: (فيا - خ) يضمن بصحيحة، ما يضمن بفاسده وبالعكس، وذلك غير واضح، وكذا حجة على اليد ما أخذت، وقد مر البحث في لباطنة ونحوها، وي كون ذلك كله من اسباب الضمان تأمل.

وان مجرد الأخذ ليس بمعلوم كونه ملزوم علة التلف الذي هو تعريف لسبب، كما تقدم معلومة ان الاستيفاء ليس سبب، وهو ظاهر.

قوله: ولو غصب شاة الخ. ظاهر أن صدق التيب الذي هو موجب للضمان في المسائل الثلاث، يغني عن علم التلف (٢) به فيكون ضامناً، الآ ان يعلم (٣) موته بذلك السبب، ولا يضر عدم التصرف بوضع اليد الذي هو الغصب، لأنه أحد اسباب الضمان، بل لا بد ان يكون منقياً، لأن البحث في غير الغصب. وكذلك الاصل (٤) يضمن لما مر فلا يصلح ان سبباً فتأمل.

(١) عوالي الناقلي ج ١ ص ٣٢٤ ح ١٠٦ وص ٣٨٩ ح ٢٢.

(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وفي النسخ المخطوطة، بمعنى عدم التلف به فيكون الخ والصواب

ما أتي به.

(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، الآ ان لا يعلم موته الخ.

(٤) بمعنى اصاله البراءة كصحيح، لما مر.

ولو فتح باباً على مال فسرقة، أو نقب.

أو أزال قيداً عن عاقل، أو منع المالك عن القعود على بساطه
فتلف، أو منعه عن البيع فنقصت القيمة السوقية، أو تلف عينه، فلا ضمان.

قوله: ولو فتح باباً على مال الخ. عدم الضمان بمجرد فتح الباب أو
نقب الحائط، إذا سرق المال سارق. ظاهر، لأنه وإن سلم أنه سبب إلا أن المباشر
أقوى، وقد تقرّر. كما سيجيئ. تقديم المباشر في الضمان، والفرق بينه وبين دلالة
التراق به بفعله، غير ظاهر، لما مر.

قوله: أو أزال قيداً عن عاقل الخ. سبب عدم الضمان بسبب فك قيد
العبد العاقل، أنه يحتفظ بنفسه، ويقدر على منع نفسه من المهلكات واخذ غيره،
وعلى عدم الإباق الواجب عليه، فلو حصل شيء يفتوت العين أو المنفعة فهو مستقل
ومباشر، أن قلنا بمدخلية الفك وسببته، كما هو الظاهر، فكانه أجمع (١) المباشر
والسبب، والاول مقدم.

وفيه تأمل، لأنه لا شك في صدق السبب، إذا المروض أنه لو لم يفك لم يقع
ما وقع عن التلف والإبافة، وليس هنا مباشر يمكن اخذ الحق، كما في صورة قلب
الريح الظرف، وكونه قادراً على الحفظ مع عدمه لا ينفع ولهذا كان المالك قيده.

وقد استشكل في التذكرة ضمانه إن كان عبداً كبيراً أبناً، ومنه يظهر أن الضمان
في المسح عن القعود على الفراش والسباط حتى أقصى إلى تلفه وعدم ذلك.
أولى، وأصل البراءة مع وجود السبب للتقصير، لأن نقصان القيمة السوقية أو تلفه
بما تلف كان يحصل يقيناً منع ثم البيع أم لا (٢)، فليس هو سبباً لها (٣) نعم منعه

(١) في النسخة المطبوعة، فكانت اجتماع المباشر الخ.

(٢) في النسخة المطبوعة، منع عن البيع أم لا.

(٣) يعني إن المانع عن البيع ليس سبباً للتقصير أو التلف، لأن المروض وجود السبب للتقصير.

ولو اتفق المباشر والسبب فالضمان على المباشر، إلا مع
الأكراه، فالضمان على القاهر.

أثر في عدم وصول حق إليه، وصار سبباً له، ولكن ما ثبت أن كل من يمنع أحداً
من وصول حق إليه، وإن لم يتلف بفعله شيء - أنه ضامن، وفيه تأمل،
فتأمل.

قوله: ولو اتفق المباشر الخ. معلوم عقلاً بل نقلاً أيضاً أنه إذا وجد شيء
له سببان قريب وبعيد، أنه يسند إلى القريب، والبعيد هو سبب السبب، وله
مدخلية ما في ذلك الشيء، فيكون الضمان الموحب مسنداً إلى المباشر، وهو ظاهر.
كأنه يجمع عليه، ألا إن يعلم كون المباشر ضعيفاً والسبب قوياً، مثل
أن يكون المباشر مكرهاً، وحينئذ كأن المباشر ليس بمباشر، إذ لا قدرة له عدم المباشرة،
فصار السبب فقط، بل هو السبب، والمباشر هو المكره.

هذا فيما إذا كان الأكراه بحيث يسلب الاختيار، أو يكون وحداً على قتل
النفس أو البضع، متى يعلم فعله لو لم يفعل ما يريد المكره طاهراً.
ويمكن في المال الكثير وهتك العرض كذلك.

وذكروا الضابطة في الأكراه على الطلاق بأنه المتوعد على ما أضره
(المضرة - خ) بالمكره ومن يقوم مقامه كألاب والولد وإن كان شتماً للمرتفع عنه من
القادر عليه، مع ظن فعله، لا الضرر القليل كأخذ مال يسير.

قال في شرح الشرائع: ولو قيل هنا باشتراط زيادة خوف والأول أشهر
ما فعل في الطلاق (١).

(١) عبارة المسالك هكذا: ويتحقق الأكراه الزام للضمان بما يتحقق به الأكراه المصد بمقتضى، وقد

قدّم تحقيقه في الصلاح.

وربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف ضرر لا يمكنه تحمله، والأشهر الأول (راجع المسالك كتاب

الغصب).

ولو ارسل في ملكه ماء، او اُجج ناراً، فأغرق مال غيره، او أحرق، لم يضمن، إلا مع التجاوز عن قدر الحاجة اختياراً، مع علمه، او ظنه بالتعدي.

والغصب هو الاستقلال باثبات اليد من دون اذن المالك في العقار وغيره.

قوله: ولو ارسل في ملكه ماء الخ. أي من ارسل ماء في ملكه أو أُجج ناراً فيه، ثم تعدياً الى مال الغير في غير ملكه (١) الى الحرق لم يضمن، إلا ان يتجاوز المرسل والمؤجج عن قدر حاجته فيها، مع قدرته على سد الماء عن مال الغير، وكذا على طلاء النار كذلك، فترك ذلك عالماً به، حتى خرج مال الغير، وكذا لو ظن ظناً غالباً، يضمن حينئذ لا غير. دليل الضمان مع جميع القيود المذكورة، أي التجاوز عن قدر الحاجة مع العلم أو الظن بالتعدي والقدرة على العدم والمنع. هو الفعل والاتفاق والسببية، مع عدم العذر، وهو الطاهر، وكذا عدم الضمان مع انتفاء الجميع، وأما اذا انتفى في بعض افراده تأمل، مثل ان يكون قادراً وعالماً، ولكن ما تجاوز عن قدر الحاجة، فتأمل.

قوله: والغصب هو الاستقلال الخ. هذا هو ثالث اسباب الضمان المبحوث عنه، وهو غير جيد.

وينبغي ان يجعل الثالث وضع اليد، فان الغصب أحص، كما فعله في القواعد وغيره.

قال: الثالث، اثبات اليد، وهو ان كان بغير حق فهو غصب لخ. المراد بالاستقلال - باثبات اليد قهراً على المالك ومن غير ادنه، وهو ظاهر، ويشعر به (من دون المالك) وأشار بقوله: (في العقار وغيره). ان الغصب يتحقق في

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب، (الى العرق والحرق)، كما لا يخفى.

لعمقار يهضاً بآثبات اليد، رذاً لبعض العامة، فإنه يقول: لا يمكن غصباً، بل نأا
يضمن بالانهدام، فاذا دخل وانهدم يضمن المهذوم.

وهو ضعيف اذ لا مانع منه الآ عدم النقل، وهو ليس بمانع، اذ الغصب
يتحقق بالقبض، وليس هو محصراً في النقل، والآ لم يجزيع العقروهبة ونحوهما
الذي يحتاج الى القبض.

وأما الاستقلال بحيث لا يكون للمالك يد عليه اصلاً، فيمكن ان يكون
ظاهراً فيما لا يخرج عن يد المالك مثل الثياب والذواب وأما في المقارات خصوصاً
الكبير مثل دار كبيرة وارض واسعة، فيمكن عدم اشتراط الاستقلال.

بل كما تحقق اثبات يده عليه ظلماً يكون غاصباً، لما مر من تعريف
الغصب، ويشعر به قوله: بالضمان اذا كان مع المالك النصف، فكأنه يريد
بالاستقلال عدم قدرة المالك وتصرفه فيما هو يده وتصرفه، بمعنى أنه لم يمكنه من
ذلك، وان كان جالساً معه، فإنه حينئذ يكون وجوده وعدمه سواء، بل مثل صبيته او
أسبابه او آله، او من جلس بأمر منه، بخلاف ان يمكنه من النصف، ولا يراحمه،
ولا يسلط عليه، مما تازاً او لا، اذ لا دليل (١) بل نقول: في كل ما يتحقق غصبيته
يكون ضمناً له، فلو تصرف في دار كبيرة او مفازة واسعة لا يضمن كنيتهما، الآ ان
يثبت (اثبت - خ) اليد بحيث يلزم غصبيته الكل، فاذا دخل بيتاً في دار مستولياً
عليه فقط دون غيره لا يضمن الآ ذلك، الآ اذا قصد جزءاً من بيت وتصرف فيه
فقط، مستولياً على ذلك الحقة والمتصرف منه لا غيره.

ويعلم من كلامه أنه (اذا - خ) أخذ الاستيلاء - وقوة الدفع مع
الاستقلال، حيث شرط مع حضور المالك - فهو أكثر في القوة على المنع فتأمل.

(١) الظاهر ان المراد، أنه لا دليل على صدق الغصب في التمام، مع تمكينه المالك من النصف

فلو سكن الضعيف عن المقاومة مع غيبة المالك ، او اسكن
(سكن - خ) غيره فغاصب، ولو كان المالك حاضراً، فلا.
ولو سكن مع المالك قهراً ضمن النصف.

قوله: ولو سكن مع الضعيف الخ. أي لو سكن الضعيف عن مقاومة
المالك في دار بغير اذنه، لاشك أنه ضامن وغاصب لما مر في تعريف الغصب.
لكن بعد (ما - خ) أخذ الاستيلاء والقوة فيه، فليس بواضح كونه غاصباً
إلا ان يقال ذلك مع حضور المالك او الدخول مع عدم المالك بغير اذن، فهو
بالقدرة والقوة، وكذا لو اسكن غيره.

وهذا واضح، لو كان الغير مكرهاً، اما لو كان مطاوفاً (مطاعاً - خ) لئلا،
بل يكون هو الغاصب والضامن، دون الأمر والمكره (والمسكن - خ) لما تقدم أن
المباشر مقدم على السبب.

ولو كان المالك حاضراً به وعالمًا سكونه (١) وامكانه وضعفه، فلا يكون
غاصباً، لا اعتبار القوة والاستيلاء في التعريف والقهر والغلبة في الواقع.

ويمكن ان يكون غاصباً ايضاً، لما مر من تعريف الغصب الصحيح،
خصوصاً اذا كان مع قصد الاستيلاء والاستعلاء، فإنه يكفي ذلك، ولا يحتاج الى
وجود مافي نفس الامر، كما يشعر به لفظة الاستيلاء ولا ينبغي ان يشك في كونه
ضامناً، على أنه تصرف في مال الغير بغير اذنه وحضور المالك، وعدم منعه، وترك
دفع ذلك - مع القدرة - لا يدفع ذلك، ألا ان يكون ذلك دالاً على الرضا، فيكون
الدخول بالرضا.

قوله: ولو سكن مع المالك الخ. أي لو سكن ماكن لا الضعيف - كما
هو ظاهر المتن مع المالك قهراً عليه، بحيث شاركه في كل موضع من البيوت، بحيث

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب بسكونه.

مايزاحمه ويزعجه لا عن النصف - فهو غاصب للنصف فقط، لأنه إنما يستقل (ملكاً - خ) ويستولي عليه.

ويمكن ان يكون الحكم كذلك اذا شاركه في البيوت من غير تعيين نصف، بل يقول، أنا وأنت تكون فيها مع اثبات يده على الكل وعدم منعه من شيء، مثل الشريكين بالنصف احدهما بأذن للآخر.

واذا فرض اختصاصه ببعض ومنع المالك عنه خاصة، لا يكون ضامناً وغاصباً إلا له، او شريكاً مع المالك بالنصف في ذلك المتصرف فيه، واذا تعرض استيلاء على اكثر يكون ذلك المصوب.

وبالحصة ينظر الى تصرفه وقهره، والظاهر أنه لا تفاوت حينئذ بين كون المالك قادراً على منعه عن ذلك واخراجه ام لا بان يكون أقوى منه، لما مر من صدق التعريف الذي قلناه.

وأما قيد لقوة والاستيلاء كما يفهم (فهم - خ) من قبل، ودل عليه (ولو سكن الضعيف) يدل عليه حينئذ، لا يكون غاصباً بل ولا ضامناً، فتأمل.

ولو اخرج المالك يكون غاصباً للكل، ولو كان غالباً على المالك بحيث صار المالك مضطحلاً، وكأنه لا شيء بل مثل ثوب مرمى هناك، فلا يعد كونه غاصباً للكل يضاً، اذ ليس بيده حقيقة حينئذ.

ويحتمل عدم الضمان إلا ما تصرف فيه (١) من النصف وغيره فقط،

للاصل (والاصل - خ) والاختيار الاول (٢) كما هو قول شارح القواعد.

وامتشكل في التذكرة الغصب مع ازعاج (٣) المالك واخراجه، من

(١) في النسخ المخطوطة: ونحوه الا ما تصرف فيه، والصواب ما ثبتناه.

(٢) في النسخة المخطوطة: والاختيار الاول قول شارح القواعد.

(٣) الارعاج، الاخراج والطرده.

ولو مد بمقود الدابة ضمن، الا ان يكون المالك راكباً، الامع الاجاء.

(مع-خ) أنه تخلية فهو قبض في البيع وغيره من تسليم المباح وكان الفرص احد المفتاح ايضاً، والاصل عدم، وعدم تسميته غاصباً عرفاً ومتصرفاً، وان قيل ذلك قبض في غير هذه الصورة لدليل، وحكم ايضاً ان مجرد الدخول بغير استيلاء لا يوجب الضمان سواء كان باذنه او بغير اذنه وسواء كان صاحبه ام لا، ونقل عن بعض الشافعية، ان دخله بغير اذن صاحبه، ولم يكن فيه صاحبه ضمنه، لانه اثبات في الغصب اثبات اليد العارية الظالمة، ولهذا لو صارعه (١) احد يحكم له باليد، قال: ويشكل بانه غير مستولى (غير مستولى-خ) فتأمل فاشتراط ذلك غير واضح في الضمان بل في الغصب، فان العرف والتعريف الذي ذكرناه، والذي قاله بعض الشافعية يشمل.

قوله: ولو مد بمقود (مقود-خ) الدابة ضمن الخ. اعلم ان تحقيق اليد ولقبض والتصرف الذي هو موجب للضمان لا يخلو عن اشكال، فان قيل هو ما تقرر عندهم في قبض المبيع، فهو ايضاً مشكل، مع ان الظاهر ان المكيل والموزون يضمن بالنقل من غير كيل ولا وزن.

وان الغصب الموجب للضمان يتبادر منه القبض والتصرف العرفي بحيث يكون بالعمل متصرفاً، فلو ازعج مالكاً حتى اخرج متاعه وخنّى (حل-خ) عقاره او قان في الارض، احلس (جلس-ح) يتصرف (متصرف-خ) به (فيه-خ) اكراهاً، لم يسم غاصباً، مع ان مثله قبض.

وقد مر الاشكال في كونه غصباً في التذكرة وشرح القواعد ايضاً.

الظاهر عدم للعرف ولعدم صدق التعريف عرفاً، والاصل عدم الضمان، وعدم تحقق الغصب واحكامه حتى يعلم، فهو محال الى العرف، ويحيى فيه اشكال

(١) صارعه أي شابهه والاصل في الصارعة الشابة.

جميع ما يحال عليه.

ولا شك أنه يتحقق في المنقول، بالنقل مطلقاً، وخرج المكيل والمورون في البيع ونحوه للنقص من سلم، وقد مرّ في غير المنقول بالازعاج والتصرف والدخول مع الاستيلاء وقصد السكون والأخذ.

ويمكن بصاً التصرف والانتفاع في كل شيء بما هو مصنوع لذلك، مثل الجلوس على الفراش، واللبس في الملابس والركوب في الدابة.

ويمكن أن نأخذ المداد من الدواة والماء من الحبوب، والنسخ من الكتب كذلك، فتأمل، لا مجرد وضع اليد على هذه الأشياء، ولهذا مرّ التردد بحصول اللقطة بحصول اليد والرجل عليه، فلو وضع يده على منقول من غير نقل، وكذا غير المنقول لا يكون ضماناً وعصباً، لعدم العرف والاصل وعدم صدق التعريف عرفاً، فانه ليس بأخذ مال لغيره، ولا يقال التصرف ايضاً عرفاً، فتأمل.

قال في شرح القواعد: واعلم ان اثبات اليد في المنقولات انما يتحقق بالنقل، الا في الدابة، فان ركوبها كاف في اثبات اليد عليها، والفراش، فان الجلوس عليه كان في ذلك ايضاً.

قال في لتذكرة: وهل يتحقق (أي الغصب) في المنقولات باثبات اليد من غير هل؟ الأقرب عندي ذلك، فلوركب دابة الغير، وهي واقفة، ولم ينقل (تنقل - ح) عن مكانها او جلس على فراشه ولم ينقله، فالوجه تحقق الغصب فيه، لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء.

وكلامه لا يقتضي الحصر في الدابة والفراش، ولا يبعد الاستيلاء في كل شيء بحبسه عرفاً (وأنما هو - ح) كالدخول الى خيمته او خباته ونحو ذلك (١).

(١) انتهى كلام شرح القواعد، راجع جامع القاصد عند شرح قول المتن، ويشقق اثبات اليد في

وكلامهما (١) لا يخلو عن شيء اما الشارح فلحصره أولاً حيث قال: (انها الخ) ثم الحكم بتحقيقه حينئذ عرفاً (٢) حصر (٣) بقوله: (وكلامه لا يقتضي الخ) نعم وكلامك يقتضيه، وكلامه لا يقتضي الخ فالعبارة غير جيدة (٤).

وأيضاً تحقق عصب الخيمة بالدخول فيها غير ظاهر، اذ هو مباشره، فلا يصدق اخذ مال الغير ولا اثبات اليد.

وايضاً لو صحت ذلك لزم ان لا تصح صلاته فيه، فان الكون فيه غصب وحرام فتكون الصلاة في المكان المنسوب، بل يلزم عدم صحتها وان كان الارض مباحاً (٥) بل ملكه ايضاً.

وكذا يلزم ان يكون غصباً للحائط ممن يدخل الدار مع كون الأرض المحاط به مباحاً، ويلزم عدم صحة الصلاة فيه ايضاً، وذلك غير معلوم، الا ان يقيّد بفصية الارض ولكن سوق الكلام يفيد الأعم، فتأمل.

وأما كلام التذكرة فلا تها تدل على تحققه باثبات اليد مطلقاً او مجعلاً من غير بيان.

والظاهر أنه ليس بقائل بالكلية، بل مثل الذبابة والقراش لا غير، وهذا رد على المشهور.

والحاصل هنا اجمال (ان هنا اجمالاً - خ) والحوالة على العرف، فلا يخرج

منقول الخ.

(١) بمعنى كلام شارح الفوائد والتذكرة.

(٢) حيث قال لا بعد الاستدلال في كل شيء بحسبه عرفاً الخ.

(٣) وليس الصواب ثم نفي الحصر.

(٤) ينبغي ان يلخص معنى الكلام شارح الفوائد.

(٥) والناسب ان يقول: وان كانت الأرض مباحة.

عن الاصل والقواعد الآ بالدليل.

وقوله: ولومذ(١) بمقود الدابة السخ. يعني اذا اخذ بمقود الدابة قهراً، فنقل بها من مكان الى آخر، لاشك في أنه ضامن وغاصب، لما مر، الآ ان يكون المالك راكباً او متصرفاً بوجه آخر، كالأخذ بالمقود ايضاً، فلا يكون حينئذ غاصباً، الآ ان يكون المالك ملجأً غير قادر على دفعه بوجه، فيكون آخذ المقود قادراً مستولياً عليه، ويكون وضع يده كالمدم، فيكون حينئذ غاصباً وظالماً (وضامناً-خ) ايضاً، وهو ظاهر المتن وغيره.

وفيه تأمل اذ المالك ايضاً متصرف، ولهذا يحكم له باليد، وقد مر مثله في الداخل على ساكن الدار الذي يضمحل بضعفه من غير ازعاجه، فتأمل والظاهر أنه غاصب، للتعريف، فيحتمل النصف، كما في الدار، فتأمل.

ولا شك أنه ضامن ان تلف بقوده. من غير مدخلية أحد قابل للضمان، ولكن في ضمان منفعة. مع ركوب المالك وقدرته بحيث لا يكون هذا غاصباً. تأمل، ويظهر من شرح القواعد ضمانها، فتأمل.

ثم ذكر فيه فرعين الأول أنه لو ساقها فذامه ولا جاح(٢) لما بحيث صار مستولياً عليها، فهو غاصب لتحقق معنى الغصب، ولو كان بها جاح فتدوت بسوقه في بثر ضمن للسبيبة.

لا شك في الضمان اذا فرض كون السوق سبياً، بل يمكن ان لا يكون فرق، فيكون غاصباً، الآ ان يفرض بحيث لا يقدر على اخذها ويكون في الاولى قادراً، فكانها مأخوذة في الاولى دون الثانية ولا قادراً ايضاً، وحينئذ يظهر الفرق،

(١) ولي جميع النسخ: ولو أحد، والقواب ما اقتضاه.

(٢) فرس جموح، يعني اذا ذهب في عدوه لم يرقه شيء (جميع البحرى لفة جمع).

ويكون في الثانية ضامناً فقط (١).

الثاني أنه لو جلس على خشب الغير أو حجر له من غير أن ينقله فهل هو كركوب دابته والجلوس على فراشه فيه نظر، أما السرير فالخاقه بالفراش قوي، كأنه الخشب والحجر والكبيرين الذين لا يتعارف نقلهما، ولو كان يقصد الأخذ والاستيلاء فغير بعيد، والآ فبعيد كونه غاصباً، إذ لا يقال له أخذ المال ظمناً، وأما الضمان فيمكن فأنه وضع اليد على مال الغير، فلا بد من إيصاله إلى ماله، فتأمل.

واعلم أنه يعلم من عباراتهم كثيراً، أخذ الاستيلاء والقهر في الغصب، كما مر في شرح القواعد، وأخذ في بعض التعريفات أيضاً، وقد مر، وحينئذ ينزم عدم كون السرقة غصباً، فتأمل.

وايضاً وجود سبب آخر للضمان غير التسيب والمباشرة والغصب، معلوم، مثل الخيانات في الأمانات، مثل ترك حفظ الوديعة والعارية والداية المستأجرة وترك سقيها وعلفها، ومثل وضعه يده على مال الغير غير عالم بأنه مال الغير غلطاً أو سهواً ووضع اليد على المصوب كذلك والأمانات الشرعية.

فكأنه لذلك جعل البعض تعريف الغصب بحيث يشمل هذه الأمور، حيث قيد بالعدوان ونحوه، وإن كان هو خلاف الظاهر وهذا جعل ثالث الأسباب، وضع اليد واثبات اليد في القواعد وغيره، ثم قسم اثبات اليد إلى الغصب وإلى غيره.

نعم عبارة المصنف غير جيده، حيث جعل الغصب هو الثالث، كما أشرنا إليه، لا أن يريد منه اثبات اليد فقط فتأمل.

(١) يعني دون أن يكون غاصباً.

وغصب الحامل غصب الحمل (حمله - خ).
ولا يضمن الحرّ بالغصب.

ويمكس دفع بعض هذه بآته ان لم يقصر في الحفظ، واعلام المالك والرذ
اليه، فهو ليس بحائز، فليس بضامن، وان قصر، صار غاصباً، حيث وضع يده
ظلماً، فتأمل.

قوله: **وغصب الحامل الخ.** يعني اذا غصب حيواناً حاملاً فهو مع الحمل
معصوب، اذ قبض الحامل قبض لحمله، فآته كالجزة الداخل في جوفه، وهو ظاهر.
وأما عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد او المأخوذ بالسوم، فان الحمل
وان كان مقبوضاً الا آته غير مبيع بالبيع الفاسد ولا مأخوذ بالسوم فلا يدخل تحت
ما يدل على ضمانه، مثل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، نعم ان اشترى مع
الحمل يكون حكمه حكم الحامل ها، فتأمل.

قوله: **ولا يضمن الحرّ الخ.** يعني لا يضمن موضع اليد والغصب، لآته
ليس بمال، فلا يدخل تحت يد المتصرف، فان اثبات اليد والتصرف انما يقال في
الأموال.

والظاهر عدم الخلاف فيه، ولا فرق في ذلك بين كونه صغيراً او كبيراً،
مميزاً قادراً على الدفع عن نفسه وغيره، مجنوناً او عاقلاً.
هذا اذا تلف بموته، او بشيء ليس للقبض له مدخلاً (١) فيه اصلاً.

وأما اذا تلف الصغير في يد القاصض بسبب لدغ الحية ووقوع الحائط عليه،
فقول لدشيخ (الشيخ - خ) بآته ضامن، لآته سبب لتلفه، مع عدوانه، فانه لو (ولو)
كان - خ) كان في بيته، فكآته لم يلدغه الحية هنا، فهو سبب كالحمار، وليس ها
مباشر أقوى، وليس هو قادراً على دفع المهلكات عن نفسه وعروض امثال هذه.

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب مدخل.

وان كان صغيراً.

ولو تلف الصغير بسبب كلدغ الحية، ووقوع الحائط، قال الشيخ: يضمه.

الامور فغير بعيد، فيمكن قصد القتل والاتلاف بمثله ايضاً، ولأن فتح مثل هذا الباب يقضي الى الحيل لقتل الناس بان يخلّيه في مسبعة ومضيعة، ولأن الضمان يناسب عدوانه ويقابل بفعله الشنيع.

والظاهر عدم الفرق بين الكبير المجنون والطفل الغير المميز الغير القادر على الدفع عن نفسه، وهو مثل الحيوان.

بل الظاهر عدم الفرق بينهما وبين الكبير اذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه، ثم حصل في الحبس شيء اهلكه مثل لدغ الحية او غيره، لاشتراك العلة المتقدمة، فان الكبير مع عدم قدرته على دفع الحية ولعقرب اذا لم يره في الحبس نظمت كالطفل، بل وكالحيوانات التي لا شعور لها.

ولشيخ قول آخر بعدم الضمان، للاصل، وعدم المباشرة، وعدم ظهور السبب وجريانه في البحر.

قال في التذكرة: لو نقل صبيّاً الى مضیعة فاتفق سبع فافترسه، فلا ضمان عليه، احوالة للهلاك الى (على - خ) اختيار الحيوان ومباشرة، ولم يقصد الثاقل بالنقل ذلك (١)، وأما اذا (لو - خ) نقل الى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان، وبه قال ابو حنيفة - الى قوله - اما لو كان المنقول عبداً صغيراً او حيواناً مملوكاً للعبي، فانه يضمه سواء نقله الى المضیعة والمسبعة او الى غيرهما، لأنه تصرف في مال الغير بغير اذنه، فكان ضامناً (٢).

(١) وفي التذكرة راد بعد قوله: (بالنقل): وجه اشكال.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٧٦.

ولو استخدم الحر ضمن أجرته، ولا يضمن بدونه، وإن كان صانعاً

الظاهر أنه لا فرق بين العبد والأمة، بل ولا بين الصغير والكبير العاقر عن الفرار والخلاص عن تلك المهلة، ولهذا استشكل (١) في ضمان العبد الكبير العاقل الأبق بفك قيده.

والظاهر غير العك (٢) إذا تعرض أنه سب، ولا ينكر قوياً الضمان، ومع هذا الفرض ما تجد فرقاً بينه وبين الغير وكأن الحكم بالضمان مطلقاً أقوى، ما لم يكن لأحد مدخلاً (٣) في تلفه، فتأمل.

قوله: ولو استخدم الحر ضمن أجرته الخ. يعني إذا استخدم حراً قهراً ضمن أجرته، ولا يضمن بدون الاستخدام، وإن حبسه ومنعه عن الشغل الذي يحصل منه الأجرة، مثل أن كان صانعاً يحصل كل يوم شيئاً كثيراً، لأن منافعه لم تضمن بقبضه، لأنه ليس بمال حتى يكون وضع اليد على المال بغير رضا المالك فيضمن، فما لم يستعمل لم يضع يداً موجبة للضمان ومال ذلك وما صار سبباً، وسبب الضمان منحصر في ذلك، بخلاف ما لو استعمله، فإنه أخذ منه ماله بلا عوض، فكأنه غصب منه مالاً وحققاً أو اتلفه فيضمن.

ولعله ليس لهم فيه خلاف وإن كان لأخذ الأجرة مع منع الصانع الذي لو لم يحبسه ويمنعه لحصل كذا وكذا وجه، وذلك لدفع المفسد ودفع الضرر العظيم، فإنه قد يموت هو وعياله من الجوع، ولا يكون عليه في ذلك مانع مع كونه ظالماً وعادياً ووجود ما يدل على جواز الاعتداد بما اعتدى (٤) وجزاء سيئة سيئة (٥).

(١) المستشكل هو العلامة في التذكرة (راجع ج ٢ ص ٣٧٥).

(٢) وفي النسخة المطبوعة: والظاهر عدم الضمان، إذا تعرض أنه الخ، والصواب ما أثبتناه.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب، مدخل.

(٤) شاره إلى قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه مثل ما اعتدى.

(٥) إشارة إلى قوله تعالى: وجزاء سيئة سيئة مثلها.

ولو استأجره لعمل، فاعتقله، ففي ضمان الاجرة، نظر.
ولو غصب دابة او عبداً، ضمن الاجرة، وان لم يستعملها.

والقصاص، ونحو ذلك، فتأمل.

قوله: ولو استأجره لعمل فاعتقله الخ. أي لو استأجر حرّاً اجارة لازمه لعمل خاص، فحبسه عن ذلك العمل ومنعه مدة يمكنه ذلك العمل في ذلك الزمان، او بعضه فيه، ففي استقرار ضمان المدة الماضية، في ذمته، بحيث يكون مكثفاً بها، من غير عمل. نظر، من أنّ منافع الحرّ لم يضمن إلا بالتضييت (١) الاستعمال، لا بالفوت، لما تقدم، من عدم دخول الحرّ تحت اليد والضمان، فأنه ليس بمال.

ومن وجوب الاجرة بالعقد اللازم، وكان المستأجر سبباً في ضياعها بحبسه، فيستقرّ في ذمته، بل ينبغي وجوب الضمان مع العقد اللازم اذا بذل الاجير نفسه ولم يستعمله، وكان الاستعمال موقوفاً بذلك، وأنّ العقد موجب للعوض، وقد بذل فيلزم لأحير العوض، كما في نفقة الزوجة والمهر، بل قالوا: لو استأجر لقلع الفرس، فبرأ بعد ان مضى مدة يمكنه القلع، وما قلع مع بذل الاجير نفسه، وكان التأخير من جانب المستأجر. يكون ضامناً.

وهذا يقوى في النعوس، خصوصاً اذا كان الزمان معيناً فيضمحل عنده الاصل (٢)، للدليل، وأنّ منافع الحرّ لا تضمن، اذ غير واضح الثبوت عمومه، بحيث يشمل محل النزاع، وادعى الاتفاق في الضمان في شرح الشرائع، فالعبارة غير جيدة، فتأمل.

قوله: ولو غصب دابة الخ. وجهه يعلم مما سبق بغير منازع، فان منافع

(١) حكنا في جميع السج، ولمن الصواب، والاستعمال.

(٢) يعني اصابة عدم الضمان.

المملوك مضمونة على الثعاصب، وإن لم يتصرف ولم يستعمل ولم يعقله ويحبسه، بل أمره بالعمل وما عمل، وما حصل، للثعاصب (١).

والظاهر أنه اجماعي على العين، فيضمن، وليس المنفعة شيئاً حاصلاً بالفعل حتى يقال إنه وضع يده عليه أيضاً بالبيع، فيضمنه، بل أنها يوجد بالاستعمال، فإنه لو لم يثصب، ولم يستعمل، لم يحصل شيء، وكذا المقارنات وكل ماله أجرة، فتأمل.

قوله: ولا يضمن الخمر الخ. يعني إذا أخذ خمرًا من مسلم لم يضمنه إلا أخذ مسلماً كان أو كافراً، سواء أراقه أم لا، بل أخذه للخل.

ولكن يمكن حينئذ وجوب رده إلى المالك، لأنه عين مال مالكها، وكان محرماً شرعاً، وجاز تضييعه، ولكن إذا صار خللاً يرفع (٢) ما هو محرّم له، فيكون المال ماله، فيجب دفعه إلى أهله، ونعروجه عن ملكه بالخمرية غير ظاهراً، حتى يقال: فردّها (٣) يحتاج إلى الدليل.

على أنه قد يقال: لدفع المانع والموجب (٤)، ولا يدك عليه جواز أخذه وأهراقه وعدم الضمان بنفسه.

على أنه قد يسمع جواز ذلك فيما إذا اتخذه للتخليل، وإن لم يكن ضامناً، لعدم ملث يمكن عوضه، فإن الخمر لا عوض له.

على أنه قد يكلف بالمثل، خصوصاً إذا كان متخذاً للتخليل، أو بالخل كما قيل. وقد يقال بأنه حرام حينئذ أخذه وأهراقه بغير رضاه، فتأمل، فلا حد حينئذ.

(١) قوله: (لثعاصب) نطيل لقوله قلبي سره: فإن منافع المملوك مضمونة.

(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وفي النسختين المخطوطين، لا يرفع، والصواب ما أثبتناه.

(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، حتى يقال ردها يحتاج إلى الدليل.

(٤) يعني لدفع المانع وهو الخمرية، و(الموجب) يعني الموجب لوجوب الرد، وهو روال الخمرية.

ولا يضمن الخمر لو غصبها من مسلم.

ويضمن بالقيمة، لو غصبها من كافر، مُسْتَتِرٍ (مستتراً - خ) وكذا الخنزير.

ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة تختير في التضمنين.

بالأثم، وفي شرح الشرائع (القواعد... خ) والنصويت (١) ايضاً حيث جعل محرماً، فلا مانع من الضمان حينئذٍ.

وكذا الكلام في الكافر المظاهر، فإنه بمنزلة المسلم في عدم جواز تصرفه في الخمر على هذا الوجه، كذا قالوا.

وقد يفرق بالملكية وعدمها، وإن كان مملاً لا يجوز لهم اظهارها وشرها علانية، فتأمل، بخلاف المستتر، فإن غصبها منه يكون حراماً وضامناً ايضاً له بالقيمة عند المستحلين، وإن كان مثلياً، فإن دفع الخمر للمسلم اليه لا يجوز، وأنه موجب لعدم استتراره الواجب على الكفار.

ودليل الضمان أنه ماله، وقد أقر على ذلك، وأخذ منه الجزية على ذلك الثار (٢) فصار مثل سائر امواله التي أخذها ضامن وغاصب (٣) فتأمل.

وأما إذا اخذه الكافر، فيمكن جواز رد المثل خفية، لعدم المانع، ومن أن الحكم بذلك موجب لعلانية، وإن من قواعد الاسلام أنه لا يجب، بل لا يجوز دفع الخمر، فتأمل، فإن التقرير مع الجزية، كأنه يجوز لامثال ذلك.

قوله: ولو تعاقبت الأيدي الخ. لعل الحكم بضمان جميع الأيدي المتعاقبة

(١) قال في شرح القواعد: نعم يَأْثُمُ الغاصب هنا، ويَمْرُز.

(٢) هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها، الثاني بدل الثار، وفي بعض منها الباء، وعلى أي تقدير لم يظهر لهذه الكلمة معنى واضح.

(٣) وفي بعض النسخ المنطوقة، مثل سائر امواله التي اخذها ضامناً وغاصباً فتأمل.

على الغصب - فيكون المالك مخيراً في اخذ عوض العين بعد تلفه ومناقضتها متى اراد اجماعى، وسنده ادلة ضمان الغاصب من العقل والنقل مثل الاعتداء وجزاء سيئة والعقاب بمثل ما عوقب (١).

ولكن ينبغي ان يكون ذلك مع تحقق كون الكل غاصباً بالتعريف المتقدم، وبحكم بضمان الكل او البعض من غير فرق، وقرار الضمان على من تلف عنده مجملًا.

ولكن فصل في التذكرة والقواعد ونحوها الاستقرار، وهو مشكل جداً، فتأمل، وقد مر مثله وسيجيء ايضاً.

قال في التذكرة: كل يد ترتب على يد الغاصب فهي يد ضمان، حتى يكون للمالك الخيار في المطالبة، لمن شاء منها، فان شاء طالب الغاصب عند التلف، وان شاء طالب من ترتبت يده على يده، ولا فرق في ذلك بين ان يكون الثاني عالماً بالغصب او لم يعلم، في ثبوت الضمان عليه، لأنه اثبت يده على مال الغير بغير اذنه، والجهل ليس مستقطاً للضمان، ثم الثاني ان كان عالماً بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب، للمالك مطالبته بكل ما يطالب به الغاصب، فان تلف المنصوب في يده فاستقرار الضمان عليه فلو غرقه المالك لم يرجع على الغاصب الاوّل بشيء، لأنه ظالم بامساك مال الغير في يده مع علمه بأنه له - الى قوله: وان جهل الثاني الغصب فان كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية مطلقاً عند العامة وفي صورة الضمان عندنا (٢) استقر الضمان على الثاني، وان كانت يد أمانة كالوديعة والعارية في غير صور الضمان والاجارة والرهن والوكالة استقر الضمان

(١) اشارة الى الآيات الثلاثة البقرة ١٦١ الشورى ٤٠ والحج ٦٠.

(٢) وفي التذكرة راد بمذهوله (عندنا): والأحوذ بالحرم والشراء صحيحة وفاسدة، استقر الضمان الحج.

على العاصب، ومذهب أكثر الشافعية على ما قلناه، ولهم وجه آخر فيما إذا كانت يده يد أمانة، وكان جاهلاً بالعصب، فإنه لا يكون ضامناً، كما أنه لا يستقر الضمان عليه، ولهم وجه آخر، أن استقرار الضمان على الجاهل مع كونه يده يد أمانة (١).

وهذا التفصيل لا بأس به، ألا أننا مانع دليل الضمان على الجاهل مع كون يده يد أمانة، فإن كلية - كل من وضع يده على مال الغير يكون ضامناً له مع كونه جاهلاً - غير ثابتة (٢) وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدى (٣) غير ظاهر الصحة، مع عدم التصريح، فالذي يجده العقل، هو ضد الوجه الثاني للشافعية، لو لم يكن خلاف إجماعنا، لأنه ليس بعاصب بالمعنى الصحيح الذي هو موجب للضمان، على متقدم، وللأصل، وللغرد، بل هذه ليس مما نحن فيه، فإنها ليست من ترتب الأيدي العاصية، إذ الجاهل غير عاصب، على ما عرفت، والعاصب ظالم وعاص وآثم بالاتفاق، بل قالوا: العصب كبيرة، فتأمل.

ثم أن الظاهر أنه لو صرف الأول الثاني على وجه لا يلزمه عوض مثل أن يهبه إياه، لم يكن عليه الضمان أيضاً.

قال في التذكرة: عليه الضمان، ولكن استقراره على العاصب، قال: أصبح قولي الشافعية أن قراره عليه أيضاً، وأوجب أيضاً قيمة الزوجة الممدوكة المنصوبة على الزوج التالفة عنده وفيه أيضاً تأمل.

وقال أيضاً هذا فيما إذا تلف، وأما إذا أتلّف فقرار الضمان على المتلف. هذا أيضاً على عموميه ليس بجيد، إذ لو كان المتلف جاهلاً معذوراً مثل أن وهبه إياه فأتلفه بالأكل، أو قدم طعاماً إليه فأكله ونحو ذلك، فإنه لا ينبغي الضمان،

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٧٧.

(٢) حكما في جميع النسخ، والصواب، ثابتة

(٣) تقدم مأسله مراراً.

فكيف استقراره، ولهذا قال: المتهب المسبب لا يستقر الضمان عليه.

وقال أيضاً - في هذه المسألة بعد تحرير الرجوع -: فإن رجع المالك على الآكل، فهل يرجع الآكل عن الغاصب؟ ينظر، إن كان عالماً أنه مفسوب بقول الغاصب أو بغير قوله، لم يرجع إلى الغاصب - إلى قوله وإن كان جاهلاً بغير عالم بالغصب، فإن كان الغاصب قال له: كل، فإنه ملكي أو طعامي استقر الضمان عليه الخ.

فعبارة التذكرة غير جيدة، نعم عبارة القواعد جيدة، حيث قال: ومهما تلف الأخذ فقرار الضمان عليه، ألا مع الغرور - إلى قوله - ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار الخ.

وقد بالغ في شرح القواعد في ضمان واضح اليد، وقال هو ضمان، سواء علم بالغصب أو لا، وسواء كانت أيديهم بد غاصب للغاصب أو لا، وسواء استعاده الغاصب غصباً أو لا، لصدق الاستيلاء بغير حق، ولعموم قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١)، والجهالة لا تقدر في الضمان، وإن انتفى معها الاثم، لامتناع خطاب التكليف في حق الجاهل، بخلاف خطاب الوضع.

والظاهر أن للمالك مطالبة من ترتبت يده على يد الغاصب، مع عدم التلف بتسليم العين أو البذل، للحيلولة.

ولا يخفى عليك أنه ما ثبت صدق الاستيلاء بغير حق على جميع ما ذكره، مثل الجاهل، وأنه تعريف للغصب الموجب للضمان مطلقاً، فهنا ليس تعاقب الأيدي العاصبة، فصحت عبارة الكتاب، إذ ذلك الفرد خارج، فتأمل. وعلى تقدير صدقه، ما ثبت كلية الكبرى ألا بمثل قوله عليه السلام: على اليد فإذا هما

«المطلب الثاني في الأحكام»

يجب ردّ العين وان تعسر، الآ مع التلف، بالنوع.

دليل واحد.

وقد عرفت ايضاً عدم ظهور صحتة وتواتره وصراحته ايضاً، وعلى فرض صدق أنه غاصب، ينبغي أن يكون حكمه حكم الغاصب بالكلية، والحال أنهم لا يقولون به وايضاً لزم أن يكون المكروه كذلك، للخبر المذكور، ألا ان يقال اخرجه الاجماع ونحوه، ولكن يعلم أن كون (يكون-خ) مجرد وضع اليد بغير حق موجب للضمان، ليس ببديهي، فيحتاج الى دليل، والاصل براءة الذمة، والجهل عذر واضح والفرور عذر واضح وان لم يكن مما (ما-خ) ينافي الضمان، بل مجتمع (بمجمع-خ) معه، لكن بدليل قوتي، فتأمل.

ويؤيد عدم الضمان ما نقل في شرح القواعد عن الدروس، أنه قال: أن الجاهل بنصبية البيت اذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعة خاصة، فإنه ظاهر، بل نصر في أن الواضع يده جاهلاً ليس بضامن للموضوع يده عليه، نعم ضامن للمنفعة المستوفاة، بل فيه ايضاً تأمل فإنه مفرور فيجب الرجوع على الغاصب فقط، فتأمل.

قوله: يجب ردّ العين الخ. دليل وجوب ردّ العين المخصوصة، بل جميع الاموال التي في يد الانسان بغير استحقاق، لحبسه مثل الزهن، فوريتاً، هو العقل والنقل، كتاباً وستة (١) واجماعاً، وهو ظاهر، وان كان في الرد على صاحب اليد ضرر وتعسر، بان يبني عليه البنيان او عالج به السفينة بغير اذن المالك، إلا أنه اذا

(١) لما الكتاب فهو قوله تعالى: فان امن بضمكم بعضاً فليؤد الذي اوتى من امانته الآية البقرة ٢٨٣ ولما ائسنة فراجع الوسائل.

او يخاط بالمغصوب جرح ذي حرمة فيضمن القيمة.
ولا يضمن تفاوت السوق مع الرد، وان تعيب، ضمن الارش.

كان القلع والردة سبباً لهلاك النفس وتلفها، فظاهر عدم وجوب الرد، بل عدم جوازه حينئذ، فان حفظ النفس اوجب ومقدم على رد المال.
وكأنه لا خلاف فيه، كما يجد العقل، مثل ان كان خيوطاً خاط بها الثوب، بحيث لا يمكن قلعها، بحيث ينفع، لأنه يتقطع، وحينئذ لا يجب القلع بل يمكن ان لا يجوز ويتمين القيمة، فكأنه بمنزلة التلف، فلزمه القيمة فقط.
وحينئذ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب الخاط، اذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالوطوبه من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد الغسل وقبل المسح، فتأمل، والاجتناب أولى.
وكذا اذا خيط بها جرح حيوان محترم، أي الذي لا يجوز قتله واتلافه، مثل الانسان والفرس العتيق الذي لمسلم او معاهد، بحيث يخيف على فوت النفس بالقلع، او نقص العوض او الألم الذي لا يتحمل مثله، على الاحتمال، بخلاف ما يجوز اتلافه، مثل الحيوان الذي قد عين للمذبح والأكل مثل غنم مسمن، وحينئذ ينزع ويرد الى مالكه، وان نقص بالقلع ضمن (يضمن - خ) نقصه، كما يضمن قيمة الكل في صورة عدم جواز القلع إما للتلف او خوفاً تلف النفس بالقلع من جرح الحيوان المحترم، ونحو ذلك، وهو ظاهر، لأنه يجب الرد سليماً تاماً، فاذا تعذر يجب العوض، وذلك واضح.

واذا صار معيباً في يده او بالقلع، للرد، فهو ضامن لذلك النقص، فيرده مع أرشه.
ولا يضمن القيمة السوقية، فانه ما أتلف شيئاً، ولا تلف في يده عين الآ
جزء لا كنه (١) ولا بعضه ولا متعة تفوته، ولا ضمان الا بهوت شيء.

(١) في بعض النسخ المخطوطة. ولا تلف في يده عين الأجزاء، لا كله الخ.

وان كان غير مستقر تجدد ضمان المتجدد.
وان تلف ضمن بالمثل في المثل.

وان كان العيب يتجدد يوماً فيوماً مثل نتن الحنطة، فيتجدد ضمانه ايضاً كذلك، ففي اليوم الأول ان كان ارشه درهماً لعيبه ثم زاد العيب بحيث صار الارش نصف درهم آخر، يضمن الدرهم، ثم نصف درهم آخر، وهكذا الى ان تلف، فيضمن النائف بقيمته.

قوله: وان تلف ضمن بالمثل الخ. اعلم ان المثل موجود في كتب الفقهاء رحمهم الله، وبنوا عليه احكاماً كثيرة في (من - خ) القرآن ايضاً، مثل امثل في الاعتداء والسببة (١) وقد عرفتوا بتعريفات كثيرة، قل ان يسلم تعريف منها، بل ما سلم تعريف، لامن تعاريف العامة ولا الخاصة، مثل ما نقل عن الشيخ في التذكرة وشرح القواعد، وهو ما يتساوى قيمة اجزائه كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان، وما شبه ذلك، وغير المثل ما لا يتساوى اجزائه كالحيوان والاراضي والاشجار وغير ذلك.

وقال في شرح القواعد والشرائع: نقض بالشوب فان قيمة اجزائه متساوية وليس بمثل ويمكن ان يقال: الشوب ليس بمتساوى الأجزاء، فان ذراعاً (ذراعاً - خ) منه قد يسوى عثمانياً والآخر شاهيات، ومثله الأرض.

سل الذي يشكل به، انه ان اريد التساوى بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف اذ ما من شيء الا وأجزائه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير، وجميع ما قيل انه مثل، فان حنطة طغارها (٢) يساوي عشرين

(١) اشارة الى قوله تعالى: من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم، البقرة ١٩٤، وقوله تعالى: وحزاء سببة سببها، الشورى ٤٠.

(٢) الطغار المستعمل الآن في تلك العراقين هو عشرون وره عراقية، وهي تساوي اعمار ومائة ومحمسون

والآخر عشر شهادات، وبالجمللة التفاوت معلوم.
وان اريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي ايضاً موحود، مثل الأرض ونحوها.

وان اريد مقداراً خاصاً فهو حوالة الى المجهول.
وقال (١) ايضاً: ربما ضبط بأن المثلي ما يكون اسم الكثير والقليل منه واحداً كالدبس والدهن، ونقض بالأرض.
ويمكن ان يقال بالشوب ايضاً، على أن هذا الامر الذي هو مبني احكام كثيرة، لا بد لأخذه من مأخذ يكون حجة، من كتاب وستة واجماع وعقل، وليس بظاهر. ولا يندفع لا يراد بما قال في شرح القواعد: والظاهر أن المراد من هذا ضبط مثلي بحيث يتميز فصل مميز، لا التعريف الحقيقي، او يكون قوله كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان داخلاً في التعريف فيكون انكشافه هذه لامثلة (٢).
ويمكن ان يقال: أن هذا لا ينفع اذ الفرض من فصل التميز معرفة الشيء ليحكم عليه بالحكم المخصوص به، فان حصل التميز التام بحيث امتاز عما عداه، فيحصل المطلوب، ويصلح للتعريف لدفع النقوض، وآلا فما حصل المطلوب، وبقي مجهولاً غير متميز، وان ميز في الجملة، وذلك غير كاف هنا.

وايضاً أن أخذ الحنطة الى آخرها في التعريف لا ينفع، لأنه ان اقتصر على ذلك المذكور فقط، كما هو ظاهر كلامه لـ (من) البيانية (٣) ففيه أنه غير جامع،

كيلو عراقي ومائة وخمسة وعشرون درهماً وهي خمس الكيلو تماماً ٢١٥٠ و١٢٥ درهماً (راجع كتاب الاوزان والتقدير ص ٨١ تأليف الشيخ ابراهيم سلمان باحصار).

(١) يعني في شرح القواعد، ج ١ ص ٣٦٨.

(٢) انتهى كلام شارح القواعد، ج ١ ص ٣٦١ من الطبع المحرر.

(٣) في نقله من الشيخ وشرح القواعد في تعريف المثلي من قوله (من الحبوب والادهان الخ).

الخروج كثير من المعرف مثل الادهان والالبان والذبس والماء وغيره.
 على أنه ما كان في عبارة التعريف منحصراً، بل قال: (وما أشبه ذلك).
 وان اراد اشباهها كما كان، فما حصل التمييز التام كذا ولا الاشياء، اذ
 يمكن ان يقال الثوب من ذلك، والأرض كذلك اذ (و-خ) ليس الألبان منه
 والذبس والماء كذلك كذا (١) وان لم يرد الحصر في ذلك.
 وان اراد أن الغرض الانكشاف لا التعريف الجامع والمانع، -و- يدخل
 الامثلة يحصل اكثر-، فهو صحيح، ولكنه خلاف الظاهر، مع أنه يرد عليه ما تقدم
 على قوله: ان المراد ضبطه (٢). بل هو بعينه، فتأمل.
 ونقل ايضاً عن فقهاء العاقبة؛ أنه (٣) كل مقدر بكيل او وزن، وزاد
 بعضهم اشترط جواز بيعه سلماً، لأن المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة والضمان
 يشبهه، لانه يثبت في الذمة وزاد بعضهم اشترط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه
 الأصلين في قضية التماثل -قال-: واعترض على العبارات (الاخيرة الثلاثة -خ) بأن
 القماقم والملاعق والمغارف (٤) المتخذة من الصفر والنحاس موزونة يجوز السلم
 فيها وبيع بعضه (بعضها -خ) ببعض، وليس مثلية (٥).
 ويمكن ان يقال: الزيادة غير ظاهرة، خصوصاً الأخيرة، فإن معناها ايضاً
 غير واضح.

وأنه يشكل بالفزل والصوف والوبر والشعر والقطن ونحوها، فاتها غير
 مثلية، مع صدق التعريف، ألا أن يليه النفي أو الاثبات (٦)، وهو بعيد.

(١) هكذا في جميع النسخ. (٢) و (٣) أي للثقل.

(٤) المغارف، للفرقة بكسر الليم ما صرف به الطعام والجمع مغارف (بجمع البحرين لغة غروف)

(٥) انتهى كلام شارح القواعد، ج ١ ص ٣٦٨.

(٦) المراد من النفي عدم جواز بيعه سلماً او عدم جواز بيع بعضه ببعض والاثبات طرف مقابله.

وايضاً انّ المكيّل والموزون (الكيل والوزن - خ) ليس له ضبط، فانه قد يختلف، حينئذٍ لكل بلد حكم نفسه على ما قيل، غير ما تحقق في حالة زمانه صلى الله عليه وآله، فيلزم كون شيء واحد مثلياً في بلد وقيميّاً في أخرى، وهو بعيد، فيكون البطيخ مثلياً، وكذا الجوز والبيض في بلد، الآ ان يقال: لا يجوز التلم فيها، ولا بيع بعضها ببعض، وحينئذٍ يشكل التعريف الاول بدون الزيادة، فتكون فائدتها، فتأمل.

وقال في الشرح، وهو المتحد في الحقيقة النوعية، وظاهر صدقه على ما تقدم من الأرض والثوب (الصوف - خ) ونحوهما، مع اشكال تحقق الاتفاق في الحقيقة النوعية.

وفي الدروس قال: انّ المثلّي هو المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات وقال في شرح القواعد: وهذا لا يكاد يخرج الثوب. ويمكن ان يقال: بل الأرض وبعض ما تقدم مع زيادة ايهام التساوي، فانه غير معلوم في اتي شيء، وكذا تقارب الصفات، وبالجملّة تحقيقه مشكل جداً، وهو مبنى احكام كثيرة.

والذي يقتضيه القواعد أنّه لفظ بني عليه احكام بالاجماع، وكأنّه وبالكتاب (١) ايضاً، مثل ما تقدم، والتّنة ايضاً، وليس له تفسير في الشرع، بل ما ذكر اصطلاح الفقهاء، ولهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن ان يحال الى العرف، اذ الظاهر أنّه ليس بعينه مراداً فانّ المثل هو المتشابه والمساواة في الجملة، وهو موجود بين كل شيء، كما صرح في مسألة (لا يستوي) (٢) وقالوا: المراد المساواة بحسب

(١) بحواله تعالى: «واعتدوا عليه مثل ما اعتدى». البقرة ١٦٤. «واجره سيئة سيئة مثلها».

الشورى ٤١.

(٢) أي مالا يتساوى.

التعارف لا من كل وجه، ولا من جميع الوجوه، فإن الأول موجود، والثاني موقوف
للاتحاد، فكل شيء يكون له مثل في العرف، ويقال له أن هذا له مثل عرفاً،
فيؤخذ ذلك .

فإن تعذر المثل، أي لم يمكن أصلاً فالقيمة للتعذر.

ويؤيده أنه على تقدير ثبوت كون المتلف مثلياً مثل الحنطة لا يؤخذ بها كل
حنطة، بل مثل ما تلف عرفاً، وقيمة مثل من الجمل بمثله من الجمل والأعلى بمثله
لأبآخر، وكذا في غيره، فيمكن أن أراد ذلك مع المساواة في القيمة، فإذا كان
ثوباً (١) مثل ثوب آخر في اللون والقماش وبقيمته يكون ذلك المثل، وكذا لفرس
العتيق خاص يكون تحته خاص، وقيمته متعينة يكون مثلاً بمثلها، وهكذا . وعليه
يحمل ما في الكتاب والسنة والاجماع.

وكأنه إلى هذا أشار ما نقل في الشرح: اطبق الأصحاب على ضمان المثل
بالمثل، ألا ما يظهر من كلام ابن الجنييد، فإنه قال: إن تلف المخصوص دفع قيمته أو
مثله، إن رضي صاحبه.

لعله يريد القيمي، فإن في ضمانه بالمثل خلافاً، وطهر مذهب الشيخ
المحقق نجم الدين في بعض المواضع ضمانه بالمثل، والمشهور خلافه.

ويمكن أن يكون قول ابن الجنييد إشارة إلى أن تحقيق المثل لا يمكن، وحينئذ
ما يلزمه إلا القيمة، ولكن إن رضي الغريم أن يجزأخذ المثل، والاكتفاء به الله يعلم
ثم اعلم أنه ادعى الشيخ علي في شرح القواعد في وجوب المثل في المثلي
وظاهر كلام ابن الجنييد في لزومه (٢)، فإنه يقول بجواز رد القيمة، فإنه خيره.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب ثوب بالضم.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب في عدم لزومه.

ومنع التعذر، القيمة وقت الدفع.
وفي غيره بالقيمة، عند التلف، على رأي، والأعلى من حين
الغصب الى التلف ما على رأي.

وقال الشيخ علي في موضع في شرح قوله في بيان المثل او أعلى القيمة: انّ
خلاف ابن الجنيّد مضمحل وعلى ما حمل عليه كلامه في شرح الكتاب ما يصير له
خلافاً فيه، بل في القيمى فقط، كالمحقق، وأما حل عليه لأنّ الخلاف هنا محقق
دونه، والعبارة صالحة فالحمل عليه أولى.

قوله: ومع التعذر القيمة وقت الدفع الخ. أي لو تعذر المثل في المثل.
قل في شرح القواعد: المراد بالتعذر أن لا يوجد في ذلك البلد وما حوالیه،
وكذا في التذكرة: ولم يحد ما حوالیه.

والظاهر أنّ المرجع فيها الى العرف، اذا الظاهر أنّ مرجع التعذر هو
العرف، لما مرّ من أنّ ما ليس له حقيقة شرعية. ولم يكن المراد الحقيقة البغوية،
فالمراد العرفية.

ويمكن تكليف الغاصب به مهما امكن، خصوصاً ان كان المثل موجوداً في
بعض البلاد القريب الى ذلك الموضع، وتكون الاغراض الكثيرة متعلقة بالعين
فتأمل، وأما دليل لنقل الاجماع على ذلك في شرح القواعد، والآية ايضاً (١).
وأما القيمة فللتعدي، والضرر المنفي، والتكليف بما لا يطاق غير جائز،
واسقاط الحق غير معقول، والتأخير أيضاً ضرر، فتعين القيمة في الحال، جمعاً بين
الحقين وخروجاً عن الحقوق مهما امكن.

وأما القيمة وقت الدفع، فلاّنّ قبله الواجب، المثل ولهذا لو وجد قبل الدفع
فهو يتعين للدفع فاذا أنّا تستقر القيمة وقت الدفع، وقيله ايضاً مراعى الى بعد الدفع.

(١) يعني قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى» البقرة ١٩٤.

وأما القيمة في القيمي ففيه آراء الأول وقت التلف، لأنه وقت الصمان، لأنه حين التلف كان مكلماً برّد العين، فيتعين عليه حينئذ القيمة، فهو من (ومن - خ) هذا الوقت مكلّف بدفع تلك القيمة الى ان يدفع، فلو نقص بعده لا يوجب سقوط ماوجب، واستقر في ذمته بالتلف الموجب لذلك، للاستصحاب، وكذا ان زاد، لما مرّ.

ولما تقرر عندهم ان القيمة السوقية لا تضمن في الغصب ايضاً، والفرض ان الزيادة للسوق، فانه لو كان لفوت عوض ونقص وعيب - ولو كان للضمن والهزال الذي يحصل عنده - فانه مضمون، فلانزاع على ما صرح به في الشرح وغيره، فبعد نقل الاتفاق على عدم الضمان بقيمته السوقية بعد الخلاف هنا، وسقول بأعلى القيم من غير زيادة بوجه تقدّم، بل بمجرد السوق.

ومن هذا علم قوة هذا الرأي وضعف الثاني، خصوصاً أعلى لقيمة من حين الغصب الى حين التلف لأن العاصب مؤاخذ بأشق الأحوال، وهو دليل الرأي الثاني وفيه منع، اذ لا دليل عليه، وليس ببديهي، وهو قرينة المنصّي وأخذ (فأخذ - خ) العاصب بالأشق الذي يكون ماذوناً فيه، فانه لا يمكن أخذ الزائد ولا قبله لأنه غاصب، بل ولا زجره، والقول المؤذي (١) بعد رجوعه وتوبته.

والثالث قيمة يوم القبض، فانه ضامن حين قبض، فاذا تعذر العين تعين تلك القيمة وفيه.

ايضاً منع، لأنه ان عني بضمانه ضمان قيمة ان تلف فهو مسلم، ولكن لا دلالة له على اعتبار تلك القيمة قبل التلف وقبل وجود الدفع، بل حين وجود العين ايضاً، وان اريد ضمان قيمته حينئذ مع وجود العين والقدرة على دفعه فهو

(١) عطف على قوله: رجوه والمعنى أنه لا يجوز زجره ولا القول المؤذي بعد رجوعه عن الغصب وتوبته.

ويضمن الاصل والصنعة، وان كان ربوياً، ولو كانت محرمة لم يضمنها.

ممنوع، ولا يقول به احد والأظهر هو الاول فتأمل.

قوله: ويضمن الاصل والصفة الخ. يعني الغاصب بل الضامن مطلقاً يضمن اصل العين المتلفة والصنعة التي هي هيئته، وان كان ذلك الاصل ربوياً، مثل الخاتم المصنوع لو أتلفه شخص، فإنه يضمن عينه على مقدار ما فيه من الذهب والفضة بهما، فإنها مثليان، وصنعتة ايضاً، أي اجرة مثل تلك الصفة، ولا يحصل هنا الرب، لأن الصنعة لها قيمة، فالزيادة في مقابلة تلك الصنعة.

وقال في القواعد بعدم ضمان الصنعة، وفيه تأمل، ويحتمل ان يكون بناء على مذهبه من عدم الربا إلا في البيع، كما هو رأيه، فيلزم على القول بعموم الربا عدم جواز الزيادة مع المثل، فيكون هاتيفاً على المالك، فإنه يفوت عنه ماله قيمة، وليس له أخذه، فيمكن الانتقال الى القيمة، لأن المثل هو مع الزيادة، وغير ممكن الأخذ شرعاً مثل التعتذر والعقدان، فتأمل.

وقال: لا يضمن الصنعة، كأنه بناء على دخول الربا فيه، فيكون رجوعاً، ويحتمل غيره.

واستشكل في القواعد ضمان الزيادة، ينشأ من مساواة الغاصب لغيره، فكما لا يضمن الغير لا يضمن الغاصب ايضاً ومن الفرق، وأنه مأخوذ بالأشق. وجه الاول واضح على تقدير القول بتحريم اتخاذها الا الاستعمال (لا استعمال - خ)، ثم اخذ المثل، فتأمل.

هذا ان كانت تلك الصنعة (محللة - خ).

واما اذا كانت محرمة كأواني الذهب والفضة وآلات اللهو وغيرها، فإنه لا يضمن الصنعة حينئذ، وهو ظاهر، بل لو أتلف العين يضمنها فقط.

وان كسرهما لا يضمن شيئاً في الكل، على القول بتحريم الاستعمال فيها

وفي اعضاء الدابة الارش (بالارش - خ) على رأي.

مطلقاً، وأما مع تخصيص الاستعمال فلا (١).

قوله: وفي أعضاء الدابة الأرض على رأي. يعني اذا أئلف عضواً من أعضاء الدابة، يلزمه الأرض مطلقاً، أي عضو كان، فيقوم صحيحاً مع ذلك العضو وبدونه، فيؤخذ الحيوان مع أرشه، لأنه مال له أرش كسائر الأموال، ولأن العضو له قيمة مضمونة يقيناً وفرضاً، فلا بد له من عوض، ومائت له في الشرع عوض معين، فيكون قيمته، التسوية، وهو الارش.

ونقل عن الشيخ في الخلاف ان كل عضو في الحيوان ان كان اثنان في كل واحد نصف دية وما فيه الواحد فيه كل الدية، كما في الأدمي، محتجاً بالاجماع والرواية (٢).

وذلك غير ظاهر، فإن الخلاف ظاهر، نجد اكثر المتأخرين على خلافه، والرواية غير معلومة، وهما (٣) يوجدان في الأدنى وحمل الحيوان عليه قياس لا يمكن القول به.

نعم ورد في بعض الروايات في التهذيب وفي الكافي، برقع من القيمة في احدي عيني الدابة، وروى في التهذيب - صريحاً - عن عمر بن اذينة، قال: كتبت الى أبي عبدالله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يروها عن علي عليه السلام في عين ذات الاربع قوائم اذا قُتلت، ربع ثمنها، فقال عليه السلام: صدق الحسن، قد قال علي عليه السلام ذلك (٤).

وصحيحاً عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس - الثقة - عن أبي جعفر

(١) يعني لو حصصا التحريم بالاستعمال فليس كذلك، يعني هوامس

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب ديات الاعضاء الرواية ١ [ج ١٩ ص ٢١٣].

(٣) أي الاجماع والرواية.

(٤) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ديات الاعضاء الرواية ٢ ج ١٩ ص ٢٧١.

عليه السلام، قال: قصي علي عليه السلام، في عين فرس فقئت، ربيع ثمنها، يوم فقئت العين (١).

وهذه في الكافي أيضاً، ولكن حسنة، لإبراهيم بن هاشم (٢) وهي صحيحة في زيادات حدود الفقيه، لأن طريقه إليه صحيح (٣)، والذي طريقه إليه صحيح، ثقة، على ما بيناه، ويفهم ذلك من كتاب ابن داود النجاشي. ولا يتوهم كون محمد بن قيس مشتركاً، فإنه الشقة، على ما بيناه مراراً ومثلها عدة أخبار فيها عن مسمع وأبي العباس.

ولا يخفى أنه لا يمكن جعلها دليلاً للشيخ، لعدم موافقتها لقوله، وليس بمعلوم لقائل بها، ولو علم لا بأس بالقول بمضمونها، للصحة وعدم التمدى. ونقل في شرح الشرائع عن المصنف في المختلف أنه حملها على غير الغاصب في إحدى العينين، بشرط نقص القدر عن الأرض، وكذا حل الإجماع عليه وقال: هذا الحمل حسن، لو صحت الرواية.

وما نعرف موجب هذا الحمل ولا حسنة، خصوصاً الإجماع، فإنه كيف يمكن حل نقل الإجماع على أن كل اثنين في الحيوان يجب نصف القيمة بكل واحد، وفي الفرد كلها على ما ذكره. ولعل شارح الشرائع لا يقول بصحته لما مرّ بالروايات منه مراراً، وحققه في

(١) الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ديات الأصماء الرواية ٣ وفي الكافي يوم فقئت صيها.

(٢) سندها - كما في الكافي - هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي نجران، عن عاصم بن حميد،

عن محمد بن قيس.

(٣) طريق الصدوق إليه، كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه عن محمد بن قيس فقد رويته عن

أبي رحمه الله، عن سعد بن عبد الله، عن إبراهيم بن هاشم عن عبد الرحمن، عن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن

محمد بن قيس.

وهيمة القاضي كغيرها.

ولو تلف العبد او الأمة، ضمن قيمتها، وان تجاوزت الدية، على رأي.

ولو قتله اجنبي ضمن دية الحر، مع التجاوز، والزائد على الغاصب.

الدراية، من اشتراك محمد بن قيس، وقد عرفت مافيه، على أنه لم يجز ذلك في صحيحة عمر بن اذينة.

فقوله: (لو صحت)، محل التأمل، كأنه مانظر الآ في الكافي كالشارح، فإنه قال: روى الكليني باسناده الى عاصم بن حميد الخ، وقال الشارح: ما وجد سوى مارواه ابن يعقوب عن عاصم بن حميد الخ، ولم يذكر التهذيب، ولا رواية عمر بن اذينة، بل ذكرنا رواية محمد بن قيس الى العباس، وزاد في الشرح رواية مسمع (١)، فتأمل، فكأنها مانظرا سوى الكليني.

وأعلم أن ظاهر المختلف أنه حمل الرواية التي ادعاها، على النصف، لاهذه الرواية، كما يظهر من شرح الشرائع، وأن الحمل غير ظاهر الحسن، ويمكن كون حملها وحمل مادّة على الرّبع على كون الأرض ذلك، كما حمل مادّة على تعيين القيمة، عليه.

قوله: وهيمة القاضي كغيرها وهو ظاهر. كأنه اشار الى ردّ بعض العامة الذي قال بالفرق.

قوله: ولو تلف العبد والأمة ضمن الخ. يعني لو تلف العبد المخصوص وكذا الأمة تحت يد الغاصب ضمن الغاصب قيمتهما وان تجاوز دية الحر، على رأي

(١) راجع الوسائل الباب ٤٧ من ابواب دية الاعضاء.

ولو مثل به لم يعتق (ينعتق - خ)، على رأي.

المصنف، لأن المملوك مال مغمصوب مضمون متلف فيجب قيمته بالعموم ما بلغت كسائر الأموال، خرج غير المغمصوب بالاتفاق، بقي هو تحت العموم. ونقل عن المبسوط والخلاف قولاً بالماواة، للأصل، ولغلبة الانسانية فيه، فيكون في حكم الانسان، فلا يتجاوز دية الحر. وفيه منع، لأن الدليل أبطل الأصل، وكونه انساناً لا يقتضي التوقف عند دية الحر، والآ كان يجب الدية دائماً. وبالجمله الدليل يقتضي اعتبار القيمة في جميع المقومات اي شيء كان خرج ماخرج، وبقي الباقي.

وكأنه لبعد هذا القول نقل من المصنف في الشرح، أنه اراد الشيخ التسوية على (١) ضمان الأجنبي اذا جنى على المغمصوب لا أنه (٢) جنى عليه الغاصب أو تلف عنده، فإنه لو جنى عليه اجبني يجب على الجان القيمة ما لم يتجاوز دية الحر، ومع التجاوز يضمن الزيادة الغاصب، لا الجاني، فتأمل.

قوله: ولو مثل به لم يعتق الخ. يعني لو مثل الغاصب أو غيره بالعبد المغمصوب لم يعتق بسبب المثله، لأن الأصل لقاء الملك على ملك صاحبه حتى يعلم الخروج بالعتق بالدليل، ولا دليل هنا، لأن الاتفاق وقع في مثله المالك، وغيره قياس مع الفارق، اذ قد يكون السبب عقوبة المالك لاجبر كسر العبد مطلقاً، اولها.

ولرواية أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام، فيمن نكل بمملوكه، أنه حر، لاسبيل له عليه سائبة يذهب فيتولى من

(١) هكذا في النسخ، ونقل الصواب في ضمان الأجنبي.

(٢) في النسختين المخطوطين لأنه جنى الخ، ونقل الصواب ما أثبتناه.

ومقدر الحر مقدر فيه، وآلا الحكومة.

(الى - ح) احب، فاذا ضمن حدثه فهو يرثه (١).

وفيها عبد الحميد المشترك وأبي بصير (٢)، ولا يبعد كونها ثقة.

وكأن الشيخ استدل على قوله بالعتق بالمثلثة مطلقاً، بالقياس المتقدم.

وبرواية جعفر بن محبوب - في التهذيب والكافي -، عن ذكره، عن أبي

عبد الله عليه السلام، قال: كل عبد مثل به فهو حر (٣).

ويمكن أن جزاء الأولى (٤) ايضاً، قوله: نكل، بضم الاوّل مبنياً للمفعول.

وقد عرفت بطلان القياس، ويعلم عدم صحة سند هذه لجهل جعفر بن محبوب،

والارسال، وأن الظاهر في الاوّل البناء للفاعل، وأنه يمكن هنا ايضاً جزاء مثل بناء

للفاعل، ويكون الضمير للمولى المذكور يعني لذلك العبد، فيكون التقدير، كل عبد

مثله مولا فهو حر، فيوافق الاتحاق (٥) والاوّل.

وبالجملة لا يمكن الحكم بعتق مال الناس وخروجه عن ملكه المحقق

باليقين بمثل هذا الدليل والشيخ أعرف.

قوله: ومقدر الحر مقدر فيه الخ. أي كل عضو من العبد اذا تلف عند

الغاصب، ان كان له مقدر في الحر فاللزام ذلك المقدس فلو كان احدى عينيه او

احد عضويكون فيه اثنان فأرشه نصف قيمته، وان كان واحداً مثل الذكّر فأرشه

كل قيمته، وهو المراد بالحكومة، يعني بضمن صحيحاً (صحيح - خ) ثم يقوم

(١) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الرواية ٢.

(٢) مسندنا - كما في التهذيب هكذا: محمد بن أحمد بن يحيى، عن عبد الحميد، عن هشام بن سالم، عن

أبي بصير.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الرواية ١.

(٤) الأنسب ان يقول: شرط جزاء الاوّل قوله الخ.

(٥) الزاوي قوله (والاوّل) معنى مع.

ولو استغرقت (استوعبت - خ) القيمة، قال الشيخ: دفع،
واخذها، أو أمسك مجاناً، وفيه نظر.

(معدوم - خ) العضو، فيؤخذ التفاوت بين الثنين.

وجهه أنه عضوله قيمة من مال له قيمة، فتلف بالضممان، فيكون
مضموماً، وليس بمثل، ولا قيمة له على حدة، فيكون الأرش، وفي الأول لما كان له
مقدر.

وكأنه لا خلاف فيه عندهم هنا، ولا في أن العبد فرع للمحرر، فيما له مقدر
وبالعكس فيما لا مقدر له، كما صرح في كتاب الذيات.

قوله: ولو استوعبت القيمة الخ. يعني إذا تلف من العبد المصوب عنده
ما يستغرق قيمته بالقيمة، مثل أن قطع ذكره، فذهب الشيخ (١) أنه لا يمسه إلا أن
يكون رضى (برضى - خ) المالك، بأن يكون العبد للضامن ويأخذ قيمته أو يأخذه ولا
يأخذ شيئاً، إذ لا يلزم على المثلث أكثر قيمة المضمون (٢)، ولا يجمع بين الموص
والموص، ولأنه إذا جنى عليه أحد غير مصوب بما فيه أيضاً يدفع ويؤخذ لقيمة أو
يأخذ مجاناً، والموجب هو عذر جمع العين للمالك موجود صار ما يوجب (بموجب - خ)
ذلك (٣).

وقال المصنف: وفيه نظر، وجهه عدم ظهور المناهضة، فإن العبد، مضمون،

(١) قال في الشرائع. أما لو استغرقت قيمته قال الشيخ كان المالك غيراً بين تسليمه واحد القيمة وبين
إمساكه ولا شيء له نسوية بين المصائب في الجنابة وغيره.

وفي المال ذلك هذا قول الشيخ في البسوط، ووجهه أن المصيب كلفه إلى الجاني إذ أحدثت منه قيمة
التحرر من الجميع بمالك بين الموص والموص، وهذا المعنى موجود في مصاص قسطنطين في هذا الحكم،
لاشتراكهما في المقصود - أي أن قال - ومن أن المفعول موص عن القاتل فلا جمع وحمل المصيب على الجاني
قياس، ج ٢ ص ٢٦١.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ونزل المصواب، أكثر من قيمة المضمون.

(٣) هكذا في جميع النسخ؛ وهذه العبارة بمجملتها خطأ. ولعل توصيحه بهم من عبارة المالك.

ولو زادت قيمته بالخصى، او قطع الإصبع الزائد، ضمن المقطوع.

وكذلك كل عضو عضومته، فكلما فات منه يلزم قيمته، وقد يلزم قيمة كثيرة، كما قطع أحد تحت يد المالك احدى يديه، وآخر في وقت آخر ذكره، وغير ذلك، فإنه يأخذ المالك كلها.

وبالجمله المال مضمون مع ما يرد عليه، ولا دليل على عدم الاجتماع، وما اجتمع العوض والمعوض، لأن العوض هو قيمة العضو والمعوض ذلك العضو، لا العبد، ولا استبعاد بآته لو قتله ما كان عليه الا قيمة واحدة، مع تلفه عن المال لو عدم وصوله اليه، فكيف يأخذ مع بقائه قيمته بالتام او اكثر مع نفسه، فالظاهر لزوم العوض مع دفع العين، كما هو مقتضى الدليل، لأن العين مال المالك وخروجه لا دليل عليه، وقيمه لازمة على الضامن لضماته، وكونه مثل القيمة، وبقاء العبد ليس بمسقط لاعقلاً ولا نقلاً، ووجود النقل (١) في الجاني لا يقتضي كون الغاصب كذلك، فإن له احكاماً، فيحتمل اختصاص هذا الحكم بما اذا اتلف (تلف - خ) عند الغاصب بجنائته او باقة لا بجنائة جان، فيكون حينئذ حكمه حكم سائر الجنائيات.

فيحتمل ان يأخذ الجاني من الغاصب قيمة العين المتلف عضوه، ويدفع قيمة العبد الى المالك، ويدفع الى المالك للغصب، ويحتمل دفعه الى الجاني كما في سائر الجنائيات.

ويمكن ان يكون حكم الجنائة في غير الغصب مطلقاً، سواء كان المتلف بجنائة جان لم لا، فتأمل.

قوله: ولو زادت قيمته بالخصاء (الخصى - خ) الخ. يعني لو زادت

(١) اشارة الى رواية أبي مرجم.

ولا يملك الغصب بتغيير الصفة، ولا بصيرورة الحب زرعاً،
والبيض فرخاً.

قيمة العبد المخصوص بنقص العضو مثل الخصى، او (و-خ) قطع الاصبع الزائد،
ضمن المقطوع بما تقرّر في الشرع، لأنّه قال مضمون، فيلزم عوض ما قطع منه، ان
كان مثا له قيمة، فيندفع معه الى المالك مهما كان.

ونقل عن (في-خ) التذكرة أنّه كان فيه تمام القيمة يعتق العبد ويدفعها
الى المالك لا غير.

قوله: ولا يملك الغاصب بتغيير (بتغيير-خ) الصفة الخ. قال في
التذكرة: لا يملك الغاصب العين المضمونة بتغيير صفتها، فلو غصب حنطة فطحنها،
او شاة فذبحها، او حديداً فصنعه سكيناً او آنية او آلة او ثوباً فقطعه او قصره، او
طيناً فصره لبناً، فإنّ حق المالك لا ينقطع عن هذه الأعيان، ولا يملك الغاصب
العين بشيء من هذه التصرفات، بل يردها مع ارض النقص ان نقصت القيمة عند
علمائنا وبه قال الشافعي الخ.

وسنده أنّ الأصل عدم خروج الملك عن ملك صاحبه، وبقائه عنده حتى
يعلم خلافه، والغصب والتصرف لم يثبت كونها موجبتاً لذلك، بل موجب
للضمان، ويبعد من الشرع الشريف القوي تجويز اخراج مال المالك منه بهما، فأنّه
ضرر وقبيح عقلاً ونقلاً.

وهذا لدليل جار في تمام الملك كلّهُ حتى الزرع والفرج، فيكون ما يحصل
من مزارعة الحب المخصوص للمالك، وكذا الفرج يكون للمالك البيضاء، فأنّها ملكه
ومدة ملكه زاد كالتمن، اذ لا شك في بقاء ما كان هو كان ملكاً له فيها، اذ ما عدم
حب الحنطة مثلاً والبيضة بالمرّة، ووجود الزراعة والعريخ من كتم العدم زمانين، بل
كانت المادّة بل الصور الجسميّة ايضاً باقية فتغيرت الصورة النوعيّة كما تغيرت
الصمات، فلا يمكن الحكم بصيرورته للغاصب بالتغيير فيكون للمالك، كما يقولون

ولو تعذر العين فدفعت القيمة، ملكها المالك، ولم يملك الغاصب الغصب، وعليه الاجرة الى وقت أخذ البدل.

أن ولد الأمة اذا زنت أنه لملك الأم، وأنه اذا حصل للدابة ولد فهو لملك الدابة، وإن حصل بسبب شيء (شهية - خ) اختلاط متشي دابة الغير، وسواء كان عند الغاصب وغيره.

ويؤيده رواية عقبة بن خالد، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها (فزرعها - يب) بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع، جاء صاحب الأرض، فقال: زرعت بغير اذني فررعك لي وعلي ما انفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال: للزارع زرعه ولصاحب الأرض كرى أرضه (١) ولا يضرب جهل محمد بن عبد الله بن الهلال (٢)، وعدم التصريح بتوثيق عقبة، والدلالة غير محتمة، إذ (و-خ) المراد على الظاهر، أن الزرع لصاحب الحت، فإن الزرع ما يوجب الملك، وأن الزرع ليس له أن لم يكن البذر له، فإنه عامل له أجرة، فتأمل.

فقول الشيخ بأنها للمالك - كقول بعض العامة - ليس بواضح، ولهذا ما صرح بخلافه أيضاً بل أشار بقوله: ولا بصيرورة الحب الخ، فتأمل.

قوله: ولو تعذر العين الخ. أي لو تعذر دفع العين بسبب ضياع ونحوه، فدفعت الغاصب القيمة الى مالك المقتسوب ملكها، ولكن الظاهر أنه ملك مترئزل، فإنه متى تمكن من الدفع يجب دفعه اليه، فيحصل حقه اليه اذا دفع فترجع، فالدفع كأنه للحيولة، ولم يملك الغاصب المقتسوب، وعليه اجرة المقتسوب لملكه من وقت لعصب الذي له منفعة، واجرة الى حين أخذ البدل، أي القيمة.

دليل ملكية القيمة أنه عوض ماله الواجب عوضه، ودفع على أنه عوض،

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب الغصب الرواية ١، ج ١٧ ص ٣١٠.

(٢) سندها - كما في التهذيب هكذا: محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبد الله بن

هلال، عن عقبة بن خالد ج ٧ ص ٢٣٦، الطبعة الجديدة.

فان تمكن بعد ذلك من العين وجب دفعها، ويستعيد ما غرم (غرمه - خ).

ويضمن التالف من الخفين بقيمته مجتمعاً، ويرد الباقي وارث نقص الانفراد.

ولو أخذ أحد الخفين ضمنه مجتمعاً، ولو أطعمه المالك أو أباحه في ذبح لشاة جاهلاً، لم يزل الضمان.

فيملك كسائر الأعوان.

ودليل كونه متزلزلاً أنه قد يرجع الى ماله الغاصب، ولا يكون هذا ملكاً مستقراً لازماً.

ودليل وجوب رد (دفع - خ) العين المخصوصة ممن تمكن منه أنه عين مضمون يجب دفعه كلما أمكن، ودفع الموض عند التعذر، لا ينافي ذلك، فإنه متزلز وعوض الحيلولة، ويمكن عدم ملك المالك له، وكونه للحيلولة فقط، فينتفع به الى ان يحصل العين، ويكون الثناء حينئذ للغاصب، ولا يحصل كثير نفع لملكه، ولكن ينبغي حينئذ كون الأجرة من حين الغصب الى حين وصول المخصوص الى المالك، فتأمل.

وأما ديب عدم ملكية الغاصب للعين المخصوصة، لاصالة بقاء المال على ملك ماله، وعدم دخوله في ملك غيره خصوصاً الغاصب.

واذا تمكن من دفع العين ودفعه، يجب على المالك دفع ما أخذه من القيمة للحيلولة لائمة القيمة، ولا الأجرة التي أخذها، وهو المراد بقوله: (ما غرم).

قوله: ويضمن التالف من الخفين النخ. يعني اذا غصب شخص خفين معاً، وتسبب احدهما يجب عليه قيمة التالف، وهو قيمته اذا قومتا معاً وحصة من قيمة المجموع ورد الرد الآخر مع أرض نقصه، وهو التفاوت ما بين قيمته منفرداً

ولو اطعمه غير المالك تخير، فان رجع على الآكل، رجع
 الآكل على الغاصب، مع الجهل، والآ فلا، وإن رجع على الغاصب
 رجع على الآكل العالم.
 ولو أنزى فحلاً مفضوباً، فالولد لصاحب الأنثى.

وقيمته من مجموع القيمة لهما معاً وجهه ظاهر.

وأما لو غصب واحد، فهو يضمن قيمته من قيمتها معاً، هكذا ظاهر المتن.
 ويحتمل هنا أيضاً أرش نقص قيمة الآخر، فإنه سبب بل مباشر لذلك
 النقص، بحيث لزم من غصبه الآخر، كما في تلف ولد الشاة ونحوه فتأمل.
 قوله: ولو أطعمه المالك الخ. يعني لو أطعم الغاصب بما غصبه المالك،
 جاهلاً بأنه له و (او-خ) أباحه في دبح شاته المفضوبة، لم يزل الضمان عن
 الغاصب، ولم يخرج، بل هو ضامن يجب عليه ما كان يجب (عليه-خ) قبل الاطعام
 والاباحة.

دليله أنه كان ضامناً، والأصل ببقائه حتى يعلم خروجه عنه، وهو غير
 معوم بما فعل، إذ قد يقول: أني لو علمت أنه مالى ما كنت آكله بل أتيقه وأخذ
 ثمنه وأصرفه على عيالى إذا اتخذته، مثلاً، خصوصاً إذا كان طعاماً ذا قيمة كثيرة،
 وكذا في ذبح الشاة، ولهذا لو أباحه لغير المالك الجاهل، قلنا لا يضمن الجاهل، وعلى
 تقدير ضمانه يرجع على الغاصب الفار.

وبالحكمة السبب الذي هو الفار مقدم فهو ضامن، لما قلنا من عدم ضمان
 الجاهل.

ووجه وقوعه على الآكل العالم ظاهر، ثم يرجع الغاصب إليه فان المال
 أنفه عالم، فهو المباشر والغاصب سبب، وقد ثبت تقديمه بالاجماع المقول سابقاً والعقل.
 قوله: ولو أنزى فحلاً الخ. أي لو أنزى الغاصب العجل المفضوب فالولد

وعليه اجرة الضراب، وأرش النقص.

ويضمن الاجرة مدة بقائه، ان كان ذا اجرة، وان لم ينتفع، والأرث ان نقص، ولا يتداخلان، وان كان النقص بسبب الاستعمال. ويضمن نقص الزيت والعصر، على رأي، لو أغلاهما.

الحاصل منها لما لكها، لأن الولد جزء منها ونمائها، ولم يعلم كون جزء من الفحل فيه واجب الرد، فتأمل.

وهو ضامن الفحل وما معه وأجرته، ان كان ذا اجرة، لما مر في مطلق المنصوب، ومنه اجرة الضراب، ان كان له اجرة عادة.

وله ايضاً أرش نقص لو حصل عنده، ولا يتداخل الأرث والاجرة، وان كان لزوم الأرث بسبب نقص حصل بالاستعمال الذي أخذ أجرته، فلا يقال أنه حينئذ يلزم الاجرة فقط، لأنه حدث بسبب استعمال موجب للنقص، فكأنه انما أحدث النقص، وهذا فيما كان النقص لازماً للاستعمال أوضح.

واذا روعي في الاجرة النقص ايضاً يعني اجرة مثل هذا الاستعمال الموجب لنقص كذا يكون كذا، لا يبعد التداخل.

وسبب العدم هو أن الاستعمال او فوت المنفعة المضمونة سبب للضمان، والنقص سبب آخر، والأصل عدم التداخل.

ويحتمل ارجاع ضمير (بقائه) الى الفحل والى المنصوب مطلقاً، فتأمل.

قوله: ويضمن نقص الزيت والعصير، على رأي. أي لو أغلا الزيت والعصير لمعصوين، بل وكذا لو غلبا بنفسهما فنقصا، يضمن العاصب النقيصة فيها، لأنه جزء من عين مضمونة، فيكون مضموناً، كما في سائر النقضات المضمونة. ونقل عن الشيخ قولاً في العصير (١) بعدم ضمان نقيصته، لأن الناقص

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، قول.

ولو زادت بفعل الغاصب أثر تبعت وان نقصت، ضمن.
ولو صبغ فله قلع صبغه، ويضمن النقص، ولو امتنع الزمه
المالك، ولو اتفقا على التبقية وبيع الثوب، فللمالك قيمة ثوبه كحماً.

أجزاء مائة لقيمة له، ولهذا يتغير طعمه ويحلو ويزيد قيمته، بخلاف الزيت، فان
الفانت اجزاء معينة بالعليان كنقصه بالاشتعال.
وكأنه لذلك ما نقل الخلاف منه، فقله: (على رأي)، انما يكون في العصير
فقط.

وجهه مطلقاً ما تقدم، وكونه ماء لقيمة له غير ظاهر، ولا ينافيه زيادة قيمة
الباقى للسحلاوة، فانها زيادة في مال المصوب، ولو كان يفعل الغاصب، فهو
للمالك، فتأمل.

قوله: ولو زادت بفعل الغاصب اثر الخ. يعني لو زادت العين المصوبة
أثراً، أي وصفاً، احترازاً عن عين، مثل الصبغ، فانه للغاصب، ولو كانت تلك
الزيادة بفعل الغاصب يتبع العين، أي هي ايضاً مضمونة كالأصل، بل صارت
بمنزلة جزء عين موجود في المصوبة حين غصبها كتعليم صنعة او نسج غزلة وخياطة
ثوبه، فلو نقصت تلك الزيادة بعد ان وجدت، كما لو نسي العبد الصنعة التي يعلم
(تعلم - خ) (يعلمها) العبد الغاصب، يكون ضامناً له.

وجهه أنه بعد وجودها في العين صارت ملكاً للمالك وجزءاً لمملوكه من غير
عوض له كغاصب، فيكون مضموناً، ولا فرق في ذلك بين حصوله ثانياً، وكونه أولاً
إذ الوجود صار له ومضموناً بيد الغاصب المكلف بدفعه وعوضه لو تلف، فيضمن
كالأصل، والأجزاء السابقة والأوصاف السالفة، كالكبر بزيادة الأجزاء بعد
العصب عنده، فتأمل.

قوله: ولو صبغ فله قلع صبغه الخ. اشارة الى كون الزيادة عيناً
(عيناً - خ) من الغاصب، ومثله لو كان من غيره أيضاً، فلو غصب ثوباً وصبغه

بصفه فالثوب للمالك والصبي للغاصب، لأنه عين ماله لم يصير ملك المصوب منه بسبب ضيقه الى ماله المصوب، فله قلع صيفه ان أمكن، ولكن يضمن النقص الذي يحصل بالقلع.

ويمكن ان يكون للمالك منعه، فإنه يصير تصرفاً في ملكه بالتضييع والتبعض، مع أن سبب ما فيه فعله المنهي عنه، فكأنه ضيع ماله، خصوصاً اذا لم يكن له بعد القلع قيمة او يكون سبب لزوم نقصه مساوياً او أنقص، فلا فائدة في القلع او مع عدم زيادة شيء في قيمة العين بل نقصه، فتأمل.

وأما اذا الزمه المالك بالقلع فيجوز قلعه مطلقاً، ولزم (ملزم - خ) نقصه (١)، وان كان الثمن معه زائداً او بدله (٢) الغاصب نقصه وتعديه، على أنه قد يمكن احتمال العدم هنا ايضاً، فتأمل.

ولو تراخيا بشيء فلا شك في جوازه، فلواتمقا على التبعة وبيع الثوب، فللمالك قيمة ثوبه كملا خالياً عن ذلك الوصف، لأنه مضمون على الغاصب قيمته كملاً، ولأن الرضا بالانقاء والبيع لا يوجب نقص شيء، فان حصل له ايضاً قيمة صيفه فلا كلام، وان حصل ربح قسم بينهما بالنسبة، ويحتمل اختصاص الغاصب، بل المالك ايضاً، فتأمل هذا ان لم يعلم.

وأما ان علم سبب الزيادة فيعمل به، فان كان احدهما خاصة خصص بصاحبه، وان كانا على السواء فهو كذلك، وبالتفاوت فكذلك، فتأمل وان نقص فالنقص على الغاصب، بل يمكن ان لو بيع بأقل من الخالي عن الوصف، فهو عليه ايضاً، لأن النقص بفعله فتأمل.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب لزمه نقصه.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ويحتمل ان تكون العبارة بقله بالبدال المعجمة.

ولو مزجه بالمثل تشاركاً.

وكذا بالأجود على رأي، وبالأردئ أو بغير الجنس، يضمن بالمثل (المثل - خ).

قوله: ولو مزجه بالمثل تشاركاً الخ. يعني إذا مزج الغاصب مال المنصوب أو مزج بغير اختياره بمثله فيها شريكاً في المزوج بنسبة ما لهما فيه، وهو ظاهر.

وقال المصنف:

وكذا إذا مزج (بالأجود)، لأن عين ماله موجودة فيه، وزاد وصف زائد فهو له كتعليم الصنعة.

والظاهر أن لا كلام فيه أن رضي الغاصب.

وسبب الرأي الآخر هو التخيير للغاصب بين دفع عوضه من العين والقيمة لأنه معلوم وجود عين أجود للمالك فيه والتكليف بالعين مع ذلك تكليف زائد وضرر مئني، فكأنه أتلّف العين، فيضمن القيمة أو المثل، والمسألة لا تخلو عن أشكال، ويرجع الأول بأنه حصل بفعل الغاصب أو عنده، فأنه غصبه فادخل الضرر على نفسه، ولا يفعل الحكم بكون عين المال المنصوب للغاصب، لعدم لزوم نقص عليه بفعله، فتأمل.

قوله: وبالأردئ أو بغير الجنس الخ. لأنه أتلّفه، فيضمن المثل أو القيمة كسائر المتلفات.

ويحتمل في الأول تخيير المالك بين اخذ العين مع الأرض وبين تضمين المثل، كذا في حاشية الشيخ علي.

ينبغي أو المثل أو القيمة مع العدم.

وايضاً فيه أنه يلزم الربا أن كان ربوياً، وهو عام عنده وعند الأكثر.

فتأمل، ويحتمل على مذهب المصنف.

والنماء المتجدد مضمون كالأصل، وإن كان منفعة، ولو سمن
فزادت قيمته ثم نزل (هزل-خ) فنقصت، ضمن الغاصب، فإن عاد
السمن والقيمة، فلا ضمان.
ولو عاد غير السمن لم يجبر الهزال.

ويحتمل في الأخير الشركة لوجود العين مع مال الغير، واستشكله في
القواعد.

قوله: والنماء المتجدد مضمون الخ. وجهه قد مر مراراً، فالسمن الزائد
عنده، مضمون، إن كان له قيمة كالموجود في الأصل، فإن هزل ثم سمن إلى ذلك
المقدار الذي كان بعد الغصب. قال المصنف: فلا ضمان فيجبر هذا السمن
بالسمن الذي فات فلا ضمان، لأنه بمنزلة تسليم العين المستوى واعطاء الجزء
الناقص.

وقيل يضمن أيضاً ولا يجبر، لأن الغاصب كان ضامناً له، ولا دليل على
سقوطه إلا وجود (١) هذا الثاني، ولا يستلزم السقوط، لأن كل سمن إذا وجد فهو
مضمون على حذته، فالذي فات مضمون، وكذا الموجود فانه بمنزلة صفتان متغايرتان
لا يجبر أحدهما الآخر (٢)، كما أشار إليه بقوله: (ولو عاد غير السمن لم يجبر الهزال) أي
لو سمن ثم هزل ثم حصل وصف آخر غير السمن لم يجبر ذلك، بل يضمن ذلك،
وهذا أيضاً ظاهر، وكذا التضمنان، وذلك لا يخلو عن بعد، لأن الأصل عدم
الضمان، وليس بمعلوم دليله (دليل-خ) في مثله سوى ما ذكره، وليس بدليل
موجب، ولا إجماع إلا في المتعثرين إن كان، فلا يبعد ما ذكره المصنف عملاً
بالأصل وعدم العلم بالدليل، والفرق هو الاتحاد والاختلاف، خصوصاً إذا كان

(١) في بعض النسخ، والأجود هذا الثاني، والصواب ما أثبتناه.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، لا يجبر أحدهما الآخر.

ولو علمه صنعة (صنيعة - خ) فزادت قيمته، ثم نسيها، ضمن النقص،
ولو زاد مالم تزد به القيمة، فلا شيء في تلقه.
وعليه عشر قيمة المملوكة البكر ونصف عشر قيمة الشيب إن
وطأها جاهلة او مكرهة.

السمن الثاني، بحيث لو لم يزل السمن الاول لم يحصل هذا.
نعم لو قيل إن كان هذا أنقص من ذلك، وأنه لو عيب (و - خ) وجد هو
ايضاً حينئذ لكان السمن كثيراً ويريد القيمة، فيضمن، فلم يكن بعيداً (١)، ولكن
العدم بذلك مشكل مع تساوي السمين قيمة، كما هو المصروض، اذا الظاهر ان
لكلام في سمن يساوي ذلك هل يجبر المزال لاكله (كل سمن - خ) ولو كان
لا يساوي معه، فتأمل، اذ كل بحيث لا يجتمع معه، فتأمل.
وكذا الكلام في الصنعة وسيانها، والظاهر أنه على تقدير النسيان والعود
يعتبر ولا يضمن (وعلى - خ) تقدير حصول آخرهما (٢) فتأمل.
ومعلوم عدم الضمان لصفة لم تكن موجبة (٣) لزيادة القيمة اذ لا قيمة له،
فلا معنى لضمانه كاتلاف ليس باتلاف المال، فلا بد من كونه سبباً لتلف ماله
قيمة فلا يضمن بدون القيمة، ولا القيمة بدون شيء.

قوله: وعليه عشر قيمة المملوكة البكر الخ. يعني لو وطئ
الغاصب الجارية المعصوبة جاهلة، سواء كان عالماً أو جاهلاً، عليه مع ما يلزم
الغاصب عشر قيمتها، ان كانت بكراً، ونصف عشرها، ان كانت ثيباً.
كأن دليله الجمع بين الروايات الدالة على أن من اشترى جارية فوجد بها

(١) جواب لقوله علم من سره: ان كان هذا الخ.

(٢) يعني العود.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب موجبة، وكذا في قوله: لا قيمة له فان الصواب لا قيمة لها.

حملاً موجباً للردة بعد الوطء، يردها بالعيب، ويردّ معها نصف عشر قيمتها.
مثل ما روى ابن سنان - في الصحيح - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها، فوطئها؟ قال: يردها على الذي
ابتاعها منه، ويردّ عليه (معه - ثل) نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها وقد قال عليّ
عليه السلام: لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر
عيب، ان كان فيها (١) ومثله كثير.

وفي الصحيح عن جيل بن صالح، عن عبد الملك بن عمرو (عمير - خ ل)
هي عشر قيمتها (٢).

قال في التهذيب: يحتمل ان يكون غلطاً من الناسخ، بان يكون نصف
عشر قيمتها (ثمنها - خ) فحذف (نصف) غلطاً (٣).

ويؤيده ما تقدم عنه نصف العشر، ولو كانت هذه الرواية مضبوطة لجاز
حملها على من يوطأ الجارية مع العلم بأنها حبلى، فحينئذ يلزمه عشر قيمتها عقوبة،
وأما يلزم النصف مع الجهل.

ولعل المصنف وغيره ممن يقول مثل ما مرّ في المتن من التفصيل بالبكر
والثيب جمعاً بين الرواية بحمل العشر على البكر ونصفه على الثيب.

ويؤيده ما قال في الكافي - بعد نقل حسنة عبد الملك بن عمرو -: وفي رواية
أخرى، ان كانت بكراً فعشر ثمنها وان لم تكن بكراً فنصف عشر ثمنها (٤).

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الرواية ١ وأورد ذيلها في الباب ٤ من تلك الأبواب

لرواية ١ ج ١٢ ص ٤١٦.

(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الرواية ٣.

(٣) راجع التهذيب في باب العيوب اللّوجية للردّ من كتاب التجارة.

(٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الرواية ٤.

وانت تعلم ضعف هذا الدليل، لأنه قياس مع استنباط العلة، لعدم دليل عليه، مع ما في أصله، اذ روايات التفصيل غير ظاهرة المتن والسند، بل اشار اليه في الكافي، كما نقلناه، والروايات الدالة على أنه يرّد نصف العشر كثيرة (١) وحمل آخر ايضاً ممكن، ولهذا حمل عليه الشيخ، فلا يتعين ما ذكره، وأصل براءة الذمة مؤيد فيها، فالقول بمهر المثل هنا كما قال (٢) ونقل عن الشيخ وابن ادريس وتردد في القواعد بينه وبين ما هنا وقال على الخلاف، ولكن مع جهلها معاً بتحريم الوطاء، فتأمل.

ونقل في شرح القواعد الخلاف في ارش البكارة، فقل به مع ما تقدم، واختاره، وقال، قواه في التذكرة، لأن لوطاً استيفاء منفعة البضع وإزالة البكارة جنابة، فلا يدخل حكم احديهما في الأخرى، ولوحظنا في مهر المثل كونها بكراً فذلك لأن وطاء البكر خلاف وطاء الشيب، ففي الحقيقة ذلك لمحوظ باعتبار الوطاء، لا باعتبار الجنابة.

ويمكن ان يؤيده (٣) ما سبق من أنّ في النصب يؤخذ أجرة الدابة ونقص ما حصل، وان كان في الاستعمال الذي اخذ أجرته.

ونقل عن التحرير والشهد الاكتفاء بمهر المثل المذكور هنا، والأصل دليله، وظاهر الروايات التي هي دليله، وكذا دليل ايجاب مهر المثل، وهو أنّ كل وطاء موجب لذلك، وأنه عوض المنفعة حيث ماوجب شيئاً، والسكوت في معرض البيان دليل الحصر، وهو في الروايات أظهر.

والظاهر أنّ المهر لا بد ان يلاحظ في البكارة، فيؤخذ المهر المقرر لها، فعنه

(١) راجع الباب ٥ من أبواب أحكام الميوس.

(٢) هكذا في جمع النسخ، ولعلّ الصواب كما قيل.

(٣) وفي بعض النسخ بما سبق والصواب ما أثبتناه.

ولو طأوعته عالمة فلا شيء، على رأي، إلا أرش البكارة.

إن الدخول الموجب لازالة البكارة في مثل هذه الجارية كذا وكذا، فيبعد حينئذ أخذ شيء آخر لمحض الازالة، لأنها نقص، لأنه قد دخل في الاول، وليس التفاوت بين الوطينين بمحض أنه دخول بالبكر، بل مظهر معه أنه قد فات بكارتها، وإذا أخذها آخر لم يحصل لها إلا مهر قليل لفوات تلك البكارة، فكأنه اليه نظر رحمه الله، حيث قال: لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر او العشر، فتأمل.

والأصل دليل قوي يحتاج الخروج عنه الى دليل قوي، فأخذ الارش ايضاً مع العشر ونصفه بالدليل المتقدم، وكذا بدليل مهر المثل بعيد فتأمل.

ثم ان طأوعته عالمة صارت مبغاة، وما روى عنه صلى الله عليه وآله، ان لا مهر لبني (١)، يدل على عدم المهر لها، وكأنه ثابت بالتواتر، و (أو-خ) صحيح او مقبول عندهم باجماع ونحوه، فتأمل، والشك في ذلك - وأن ذلك أنها يكون فيمن يكون المهر لها، وهنا المهر أنها هو للمالك - يدل على ثبوته، واليه اشار بقوله (على رأي).

والظاهر أنه على تقدير ثبوت الرواية وقبولها، فينبغي الاول لعمومها وعدم الفرق بين الأمة وحرّة، وكون المهر لها ولولاها، لأن المراد بالمهر المنق المهر الذي ثبت بواسطة وطئها، لا المهر الذي يكون ملكاً ويستحقّه هو، على الظاهر المتبادر فتأمل.

وحينئذ الظاهر أن له أرش بكارتها، لأنه نقص له عوض، فيجب على المتلف عوضها، وهو ظاهر، وليس سبب الوطء لو كانت زائلة عنده (٢)، لكان ذلك لازماً عليه، لما مرّ في سبب حملها (جهلها-خ) بالتحريم.

(١) لم يشر عليه بهذه العبارة، نعم قد ورد: هي النبي (ص) عن مهر البهي

(٢) يعني ليس الوطء سبباً مستقلاً في إيجاب الارش، بل السبب لازالة البكارة.

ومع جهلها بالتحريم يتحرر الولد.
وعليه قيمته يوم سقط (سقوطه - خ) حياً.
وأرش نقص الولادة، والعقر.

قوله: ومع جهلها بالتحريم الخ. قال (١): بان يكونا قريباً (٢) المهد الى الاسلام.

أما سبب تحرير الولد، فلا أنه ولد شبهة من حرّ، لأنّ الغرض أن الواطيء حرّ، فيكون حرّاً، ولا دخل لحمل الأمة فيه، وسواء كان سبب الشبهة عقداً وأنه يكفي الرضا ونحو ذلك.

وأما وجه وجوب قيمة الولد على الأب، فلا أنه نماء ملك المالك فيكون له، ولما لم يمكن اخذه للحرية لزم قيمته، كأنه أتلغه ابوه.

لعمري لا خلاف مع وجود الروايات (٣) في مثل ذلك.

وأما كون قيمته يوم سقوطه حياً فلا أنه حينئذ ملك المصوب منه ويستحقه قيمته لا قبله ولا بعده.

وأما وجه أرش نقص الولادة ان كان فلما تقدم من ضمان الفاصب كل نقص، وهو ظاهر.

وأما دليل لزوم العقر اي عوض البضع والوطء فهو ما تقدم، وبحيث الاحتمال ان الظاهر أنه هو المستقضى، وان كان بعقد يمكن صحته، لأنّه دحل على أنه لا يلزمه الا المستقضى، والا فالظاهر هو مهر المثل فتأمل، وزيادة أرش البكارة ان كانت، كما تقدم.

(١) العذر زيادة كلمة قال، او تكون العبارة، قالوا بان يكونا قريباً الخ

(٢) واتصواب قريبى.

(٣) روايات تبعه لاشرف الابوين

ولو سقط ميتاً فعليه الارش، ان(١) لم يكن بجنايته، على رأي.
ولو سقط بجناية اجنبي ضمن الضارب دية جنين حر للغاصب
وصمن الغاصب للمالك دية جنين أمة (الأمة-خ).

قوله: ولو سقط ميتاً فعليه الأرض الخ. يعني لو سقط الولد ميتاً على أي
وجه، سواء كان بأفة او بجناية الغاصب، لا بجناية الأجنبي، فعليه قيمة الولد، وهو
المراد بالأرض، وهو هنا قيمة جنين الأمة.
وجهه أن لظاهر والمتبادر أنه كان حياً اذ يكمل... (٢) البدر اللامعه،
فتأمل هذا فيما اذا لم يكن بجنايته اما اذا كان معه موته... (٣)
الضرر والسقوط بعده (بعد-ح) يدل على كون الموت بسببه وفيه
ايضاً تأمل، لان التضمن بمثل هذه الفرائض مشكل ولكن لظاهر من
كلامهم عدم الاشكال في وجوب دية الجنين على من سقط بجنايته ولد ميتاً
(ميت-خ) ولهذا يقولون هنا ايضاً، ولو سقط بجناية اجنبي ضمن الضارب دية
جنين حر للغاصب، وصمن الغاصب للمالك دية جنين الأمة، والفرق بأنه هنا لما
اخذ دية جنين حر، فلا بد ان يعطى جنين الأمة. وبضمن، بخلاف الاول-لامنى
له لأن المراد أن هذا يدل على أنهم لا يعتبرون(٤) في مثل هذا الحكم والاصل
وعدم(٥) تحقق الحياة ثم الموت بالجناية القريبة (للقريبة-خ)، وذلك مساو، وهو

(١) في بعض النسخ وان لم يكن له.

(٢) هكذا في بعض النسخ المخطوطة، وفي بعضها، اذا لم يكمل الثدي الأمه، فتأمل، وفي النسخة
المطبوعة د م يكمل الثدي الأمه و على أي تقدير في هذا المقام يباح في النسخ ولم يعلم المراد منه.

(٣) وفي بعض النسخ المخطوطة، اما اذا كان معه مقربة الضرر والسقوط بعد يدل على كون الميت بسبه
نحو وفي هذا المقام ايضاً يباح ولم نعلم المراد منه ايضاً فتأمل.

(٤) على انه قد فرق بين ما اذا سقط ميتاً وما اذا سقطه الحي، بعدم اعتبار الحياة في الاول بخلاف

ثاني، فان اللازم فيه الدية لفرص الحياة والله العالم.

(٥) لعل الواو في قوله (والاصل) رائدة والله العالم.

ولو كانا عالمين بالتحريم حذًا، والولد رقًا للمولى.
ولو سقط بجناية اجنبي فعليه دية جنين أمة للمولى.

ظاهر.

ومعلوم لزوم أرش نقص الولادة على تقدير سقوطه ميتاً ايضاً، وهو ظاهر لا يحتاج الى القول، ولا يمكن حمل الأرش عليه، لعدم الخلاف في ذلك.
ولو حمل على أنه عليه نقص الولادة فقط دون قيمة الولد على رأي، فهو بعيد لفظياً ومعنى، والاول ظاهر، خصوصاً مع قوله: (وان لم يكن بجنايته) فإنه يصير قيداً للنقص، لا لعدم لزوم قيمة الولد على الرأي، وهو الظاهر وأما الثاني فلما تقدم من ضعف القول بعدم ضمان قيمة الولد، مع القول بتضمن الاجنبي له، والغاصب للمالك قيمة الجنين كما صرح به بعيد، فتأمل.

قوله: ولو كانا عالمين بالتحريم حذًا، الخ. وجه الحد واضح، فيحد الحر حذاه، والأمة حذها، والولد رق للمولى، لما ثبت أن ولد الزاني بأمة الغير رق.
كأن دليلهم اجماع، او رواية، وسيجيء.

ولو كان احدهما عالماً حد خاصة، ولو كان العالم الغاصب الظاهر الولد رقاً ايضاً، لما مر، وعدم امكان كونه حرّاً تماماً تأسعاً للأمة الجاهة، وان سقط الولد المحكوم بكونه رقاً للمولى ميتاً بجناية جان، فعلى الجاني قيمة جنين الأمة للمولى.
ويحتمل كون الأب ايضاً ضامناً، فله الرجوع اليه ايضاً وهو يرجع الى الجاني، كما سبق في الأيدي المتعاقبة.

والظاهر أنه ان كان بجنايته فكذلك يضمن دية جنين الأمة، لما تقدم من عملهم بالقرينة، كما في الاجنبي، فإنه يشعر (١) بعدم الضمان لو كان هو الجاني،

(١) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: ولهذا قيد الاحبي هنا يشعر بعدم الضمان، وفي بعضها هكذا،

وهذا قيد الاحبي هنا يشعر بعدم الضمان.

ولو صار العصير خمرًا، ثم (عاد - خ) خلًا عاد ملك المالك .
وعلى الغاصب الارش، لو نقص .
ولو غصب أرضا ففرسها فالفرس له، وعليه الاجرة والقلع
وطم الحفر وارش النقص .
ولو جنى المغصوب فقتل ضمن الغاصب، ولو طلب (طلبت -
خ) الدية ضمن الغاصب الأقل قيمته وارش الجناية .

فبدل على الفرق، فهو مؤبد للحمل على النقص، فتأمل .
قوله: ولو صار العصير خمرًا الخ. يعني لو غصب شخص عصيرًا، وصار
بيد الغاصب خمرًا، فهو ضامن للعصير فإنه أتله .
ولو صار بعد ذلك خلًا، صار ملكًا للمالك، كما كان حين كونه عصيرًا،
فكان الخروج كان مترزلاً غير مستقر، كما كان في يده، وحينئذ لو كان تفاوتاً (١)
بين قيمته عصيرًا وخمرًا (٢)، يضمن التفاوت، ولا يدفع الخلل، ولا ضمان عليه،
واليه اشر بقوله: (وعلى الغاصب الارش) .
قوله: ولو غصب أرضا الخ. وجهه (٣) ان الفرس للعارس الغاصب، انه
ملكه، وما يخرج عنه في ارض الغير، وهو ظاهر، وطم (٤) الحفر، وارش النقص لو
حصل، كما تقدم .
قوله: ولو جنى المغصوب فقتل، الخ. أي لو جنى الآدمي (آدمي - خ)
على المملوك لمغصوب، وقتل بجنايته، ضمن الغاصب قيمته، كما لو مات عنده

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، تفاوت .

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، خمر .

(٣) الصواب ان يقول: وجه ان الفرس الخ او يقول وجه كون الفرس الخ .

(٤) يعني وعليه طم الحفر .

وقول المالك في السلامة، وفي ردّ العبد بعد موته.

قد مضى .

وكأنه يرجح الاوّل بالأصل، وعدم ثبوت كون يد المملوك يد المالك، ولو كان انساناً، للأصل، وعدم الدليل، وكونه وكيلًا معلوم البطلان، وقياسه عليه كذلك.

وبالجملة الظاهر أنّ العبد وما في يده تحت تصرف الغاصب، وإذا ثبت غصبية العبد، لا يقتضي خروج ماعليه، وتحت يد الغاصب، عن يده وملكوته وصيرورته غاصباً، فإنّ من يدعي ذلك فعليه الدليل، لأصل العدم او للحكم بالاستصحاب.

قوله: وقول المالك في السلامة الخ. وجه كون القول قول المالك في كونه سالماً عن العيب والمرض، أنّ الأصل والظاهر والشائع في الآدمي سلامته عن هذه الأمور، مثل العمى والعرج وأنها قد يعرض والأصل عديمه، فالغاصب هو المتعصّي والمالك هو المنكر.

فيكون القول قوله، في أنّ الردّ كان بعد الموت، ويقال: الأصل عدم العين مثلاً، فكأنه لذلك تردّد في القواعد، وإن جزم بعد ذلك، فتأمل، ولكن القول قوله في أنّ الردّ كان بعد الموت، إذا لاصل بقائه عنده، وعدم الردّ إلا في وقت ثبت ذلك باقراره او البيّنة، فيسلمه اليه قبله، وبدونه دعوى تحتاج الى البيّنة، فالقول قول المنكر.

وأيضاً قد ثبت كونه عنده حياً، فلا بد له من اثبات ردّه اليه كذلك، فهو متع، وصاحبه منكراً، فيبعد ان يقال: الأصل بقاء الحيوان الى حين تحقّقه، فقبله يحكم بحياته وهو يسلّم اليه، او (اذ-خ) يمنع ذلك، لما تقدّم، ولأنّه كان ضامناً، والأصل بقاءه حتى يعلم الخروج، والأصل (١) بقاء الحيوان (الحياة-خ) حينئذٍ

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، وأصل بقاء الحيوان.

مع عيِّنه في التلف والقيمة، على رأي، وعدم اشتماله على صفة
يزيد (تزيد - خ) بها القيمة، كتعليم (كتعلم - خ) الصنعة وثوب العبد
ونخاتمه.

صورة البيّنة، بأنّه قد يكون صادقاً، والبيّنة كاذبة، وهو ظاهر.
وايضاً قوله (مع عيِّنه في القيمة على رأي) (١) لأنّه غارم، ولأنّ المالك
مدّع، والأصل عدم الزيادة.
ووجه الآخر أنّه غاصب نحائن يؤخذ بأشق الأحوال، فيه مأمّر من كونه
غاصباً، فنّ الغاصب محرم ظلمه، فتأمل.
ولكن قول الدروس: قوله مستديماً بما اذا لم يدّع بنفسه المؤجل ديناً. بما في
صحيفة عبدالله (٢) وحينئذ يمكن الرجوع الى ما ينبغي ان يكون قيمة للأصل، مع
يمين الغاصب، بان لا يسوي بأكثر منه.
وكذا لقول قوله في عدم وجود صفة مع الغصب موجبة لزيادة القيمة، لما
تقدم، ولعنه لا خلاف هنا، لعدم افادته للوصف، بخلاف القيمة، فتأمل.
وكذا القبول قوله في الثبوت والحاكم (٣)، هذا واضح، لو لم يكن عليه، بل
لو كان مسروباً اليه، وأنما هو كان ملبوساً له، وظاهر المتون أنّه المراد، وفيه تأمل، لما
مرّ، ولسيد لعبد الخصيّة، لكونه للمالك، لأنّ يده يد المالك (٤)، لأنّه قابل
للتعلّك والحفظ، فهو بمنزلة الوكيل، بخلاف ما على دابته، فأنّه ليس للدابة، وهذا

(١) عبارة من، مع عيِّنه في التلف، والقيمة على رأي «هو الصواب فان قوله قلّس مرّه لانه غارم دليل
تقدم قوله في التلف وقوله ولان المالك مدّع الحق دليل تقديم قوله في القيمة.

(٢) هكذا في نسخ والبارزة غير واضحة المراد ولعل الصواب (مستديلاً)، بدل قوله (مستديماً) فكون
قوله: بما في صحيفة عبد الله متعلقاً به، ولم يشر الى الآن على هذه الصحيفة فتسبح.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب في الثبوت والحق كما هما المذكوران في المتن.

(٤) يعني لما كان يد العبد يد السيد فغصب العبد غصب لسيده.

ولو نقل المصوب عن (من - خ) بلد الغصب اعاده.
والقول قول الغاصب.

بآفة، وهو من لوازم الغصبية، ولو لم يقتل، بل أخذت الدية، ضمن الغاصب أقلّ الأمرين من قيمة المصوب وارش جنايته، أي قيمة المقتول وما دفع، لأنه ليس بضامن أكثر من قيمة من ضمنه، فإنه ليس بأكثر من أنه قتله، فلو كان جنايته أكثر بأن تكون قيمة مقتوله ومادفع (١) المالك أكثر من قيمته، والظاهر (٢) أنه كذلك، ولو دفع ما يوجب الدية وفي كونه (٣) الأرض أكثر من قيمته، تأمل، إذ لم يجز عبداً أكثر من قيمته، ومادفع بدل ارش الجناية لكان أظهر، فكأنه المراد، فتأمل.

قوله: ولو نقل المصوب عن بلد العصب الخ. وجه اعادة الغاصب المصوب الى بلد العصب، لو اراد المالك، ظاهر، فان فعله الغصب موجب لذلك.

قوله: والقول قول الغاصب الخ. وجه كون القول قول الغاصب في اتلف مع كونه غاصباً غير أمين، أنه بيده، فهو بمنزلة الأمين، والمالك، وأنه قد يكون صادقاً، فإنه بتقدير البيّنة فتكليفه تكليف بالحوال.

وأيضاً لو لم يقبل منه ما يمكن التزامه بالعين، فإنه يقول بالعدم، فكيف يفعل به، ويلزمه (ويلزم - خ) حبسه الى يموت، وأنه ضرر عاجل غير معلوم استلزامه للمطلوب، بل ولا استحقاقه العقوبة، فتأمل.

ولا يكلف بالبدل، فيأخذ المالك بدله، وان قال بعدم تلف العين، لأنه يجوز اخذه للحيلولة.

ولا يخفى أنه لم يرد بعض دليل قبول قوله من لزوم الحبس الدائم، وهو في

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، وما دفع الى المالك.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، فالظاهر.

(٣) وفي النسخين المخطوطين ويصحب كون الأرض الخ.

ولو باع حال الغصب ثم انتقل اليه طالب المشتري، وسمعت بينته، ان لم يَضْمَ وقت البيع ما يدلّ على التملك .
ولو ادخلت الدابة رأسها في قدر، او دخلت دار غير المالك ، ولم

مسلم، وإنما يثبت المطلوب لو ثبت وصوله (قوله - خ) ومثله كذلك (١).
والظاهر عدم الفرق بين ان يكون ما ينفعه في وقت الأخذ والتسليم وعدمه، لما تقدم، ويمكن التردد هنا ايضاً، مثل ما تقدم في العيب، فتأمل.
قوله: ولو باع حال الغصب الخ. أي لو باع الغاصب المفسوب حال كونه مفسوباً عنده، ثم انتقل اليه بالميراث ونحوه، وطالب الغاصب المشتري بالمبيع لعدم صحة البيع، ويدعي ان المال مفسوباً باقياً على ملك المفسوب منه، فالمبيع لم ينتقل اليه، فلا مانع، وهو ظاهر، لأن البيع بحسب الظاهر أعم من ان يكون ملكه اولاً، وهو لا يدلّ على كونه ملكه حتى لا يمكنه دعوى غيره، نعم له ايضاً مطالبة بالثمن.

ولو ادعى الغاصب الغصب حين البيع وانكر المشتري سمعت دعوى الغاصب ذ لبيع ليس صريحاً في الملك، نعم ظاهر في كونه مأذوناً له (٢).
بل انه ملكه فيما لم تقم بينة بانه غير مفسوب، فلاحتمال موجود مع بينة، فلا مانع من سماع دعواه مع البينة.
نعم لو أقر بأنه ماله واشهد البينة بذلك فلا تسمع دعواه ولا بينته للتنافي، مع امكان السماع والدعوى العلط والتسيان وهو بعيد جداً، ومع البينة يمكن السماع، ويتعارضان، والظاهر أنه بعيد للرجحان بالظاهر والبيع، فتأمل.
قوله: ولو ادخلت الدابة رأسها الخ. هذا من احكام ما لو دخلت الدابة

(١) في بعض النسخ المخطوطة، مثله كذلك بدون لفظة (ولو).

(٢) زاد. في النسخة المطبوعة بعد قوله: مادوناً له. بل انه ملكه حتى لا يمكنه دعوى غيره.

يخرج الآ بالهدم، أو (و-خ) الكسر، فإن فرط أحدهما ضمن، وإن (فان-خ) انتفى التفريط ضمن صاحب الدابة.

رأسها في قدر الغير، والمرض أنه لا يمكن اخراج رأسه إلا بكسر القدر، ودخلت دار الغير ولم يمكن اخراجها إلا بهدم بعض الدار. في قوله: (بالهدم أو الكسر) لفت ونشر غير مرتب. فإن فرط أحدهما، مان وضع صاحب القدر قدره في الطريق، فادخلت الدابة رأسها فيه، قيل يمر في طرفها أو كان القدر في البيت وترك المالك حفظ الدابة، حتى دخلت الدار، فادخلت رأسها فيه، فالضمان (١) على المفرط. وكذا في الدار فإن كانت الدابة مشردة وقصر المالك في حفظها ودخلت الدار فهو ضامن، إن فرط مالك الدار، بأن أدخلها في الدار بسبب من نفسه، فهو الضمان (٢)، وإن انتفى التفريط فصاحب الدابة ضامن، بالمعنى الذي تقدم، وكذا لالضمان لو كان كليهما مفرطين، وجه الكل طاهر.

(١) جواب لقوله هه. فان فرط.

(٢) يعني فهو ضامن.

كتاب العطايا

« كتاب العطايا »

(وفيه مقاصد)

الاول في الهبة .

قوله: الاول في الهبة الخ. اعلم أن الطاهر ان الهبة لها اطلاقان عام وخاص، مثل الضمان.

الاول هو العطية المنجزة الغير المعوضة (المفوضة - خ) المقتضية تسويغ عموم التصرفات، هكذا مفهوم من ظاهر التذكرة... وفائدة القيود ظاهرة.

والثاني ما تقدم تقييده بعدم حل الموهوب من مكان الى آخر للموهوب له اعظماً له وتوقيراً (١) ولم يكن فيه التقرب الى الله تعالى معاً للمحتاج، فان كان قيد الاول فهو هدية، هكذا يفهم من التذكرة وكذا يمكن ان يقال ينبغي ان يقيد بعدم اعتبار بعضهم للموهوب قيد به فقط، فهو هدية، اذ قد توجد الهدية من غير نقل عند الاصحاب، بخلاف بعض العامة.

قال في التذكرة: واختلف اصحاب الشافعي في أنه هل يعتبر في حدة الهدية ان يكون بين المهدي والمهدي اليه رسول ويتوسط على وجهين فيما لو حلف ان لا يهدي اليه فوهب منه خاتماً وشبهه يداً بيد، هل يحنث؟ المشهور عندهم ان

(١) في النسخة المطبوعة، اعطاء ماله وتوقيراً، وفي النسخة المخطوطة، اعطائه ماله وتوقيراً، والاصواب ما ابتدأه كما في التذكرة.

(أنه - خ) لا يعتبر، مع أنه يستظم ان يقال لمن حضر عنده، هذه هديتي اهديتها اليك مع انتهاء الرسول والمتوسط فيه.

والظاهر أنه لا حل هنا، وأنه يقول بوجود الهدية حينئذ، وهو ظاهر، فتقوى في التذكرة ما صارت الهبة من الهدية بالنقل والتحويل من موضع الى موضع، ومنه اهداء الفراش الى الحرم، ولهذا لا يدخل لفظ الهدية في المقارنات وما اشبهها من الامور الممنوعة نقلها، فلا يقال: اهدى اليه داراً ولا عقاراً ولا أرضاً وإنما يقال: وهبه أرضاً وعقاراً وداراً، ويدخل أيضاً في النقولات، وصار بهذا الاعتبار أعم من الهدية والصدقة، فإن كل هدية وصدقة هبة، ولا يعكس، ولهذا لو حلف ان لا يهب فتصدق حنث وبالعكس لا يحنث.

عمل التأمل اذ الظاهر اعتبار النقل في الهدية جزماً، فلا يكون ايضاً عطية الخاتم (١) ايضاً (حينئذ - خ) هدية؛

وايضاً لعل حذف قبل قوله (والصدقة) شيئاً، وما يعتبر في الصدقة، فتأمل، فان قيل بالثاني فهو مصدق، ويسبني ان لا يقيد بكون المصدق عليه فقيراً لجواز التصديق على غير المحتاج، واليه أفضل، وهو ظاهر ومنصوص.

بين المعنيين عموم وخصوص مطلق، وكذا بين المعنى الأول والهدية والصدقة، فلو حلف على الخاص لم يبرأ بكل فرد من العام بل بعضه الخاص، بخلاف العكس، وهو ظاهر.

وبين المعنى الثاني وبين كل واحد من الهدية والصدقة، وكذا بينهما تباين، ولكن النسبة بينهما غير صريح.

ويحتمل العموم من وجه، وسيجيئ، فلو حلف او نذر احدهما لم يبرأ

(١) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة، هبة بدل عطية.

بالآخر، وهو أيضاً ظاهر.

فمعنى قوله في التذكرة (اعم) الخ يريد به المعنى الأول، وإن كانت عبارته لا تخلو عن شيء، فارجع، فتأمل.

ثم قال: وقد ورد في الكتاب العزيز والسنة والاحاديث ما يدل على استحباب الثلاثة والترغيب فيها (١) وذكر آية التحية (٢) وقال: قيل: المراد منه الهبة. وفيه بعد، لأن التفسير المشهور السلام، وهذا استدلال على وجوب رده بأحسن أو المثل كما هو مذكور في التفسير (٣).

وايضاً يبعد حل قوله اوردوا الهبة، على رد المثل.

وايضاً ظاهرها حينئذ وجوب رد الهبة، وحل الامر على الاستحباب مجاز. ثم ان المتعارف (٤) وفيها ايضاً تأمل اذ ما يظهر بعد كونه برأ.

وايضاً ظاهرها انه كل من فعل (٥) برأ فعاونوه فيه، لا انه فعل البر، ثم ذكر انه البر نعم ورود الآيات الدالة على الاتفاق والتصديق كثير جداً (٦) حتى عدت في البقرة أكثر من عشرين (٧)، وذكر (ذكرت - خ) بعضها في مجمع احكام

(١) راجع الوسائل: ابواب الصلقة ج ٦ ص ٢٥٥ وص ٢٩٦ وص ٢٢١.

(٢) النساء: ٨٦ قال الله تعالى: وإذا حثمت بغية فعبروا بأحسن منها الآية.

(٣) قال الطبرسي قلنس سره امر الله تعالى برؤ السلام على السلم بأحسن مما سلم وهو ان يقول: وعليكم السلام ورحمة الله، اذ قال: السلام عليكم، وان يزيد، وبركاته، لذا قال: السلام عليكم ورحمة الله (جوامع الجامع ص ٩٢).

(٤) في جميع النسخ يانص في هذا المقام.

(٥) ولي النسخة المطبوعة كل من فعل برأقها، ولعله كان: كل من فعل برأ نعمها والله العالم.

(٦) راجع الوسائل ج ٦ ابواب الصلقة ٢٥٥ والباب ٦ و ٧ من ابواب الصلقة ج ٦ ص ٢٦٣ وغيرها من

الابواب.

(٧) لاحظ سورة البقرة ٣ - ٦٤ - ١٩٥ - ٢١٥ - ٢١٩ - ٢٥٤ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٥ - ٢٦٧ - ٢٧٠ -

القرآن، وهو مت لا يحتاج الى ذكر الدليل عليه والاخبار على ذلك كثيرة جداً وأنه مجمع عليه، فدليلة كتاب وسنة واجماع.

ويظهر أن هبة المقرونة (المفروضة - خ) بالقرية على الوجه المعتبر في النيات موجبة للثواب، بحيث قالوا باستحبابها (باستحبابها - خ) ووجود الأدلة الدالة عليه من الكتاب والسنة والاجماع، مع تقييدها بعدم اعتبار القرية حيث اعتبر في التصديق مع كونه أنخص او منافياً لها (لها - خ)، فلم علم عدم احتياجها الى النية، وعدم توقف الثوب مطلقاً الى النية، ويؤيده حصوله بالنكاح وردة الوديعة وغير ذلك مع كونه مثاباً بذلك، لأنه إما واجب او مستحب، وكلاهما موجب له، وظهر عدم اعتبار الشرط في العبادات.

ويؤيده أيضاً جعلهم إياها من اقسام العقود دون العبادات.

وبالجملة، حصول الثواب غير مشروط بالنية المعتبرة عندهم في العبادات ألا فيها، وهذا يدل على عدم الاعتداد بالنية على الوجه المذكور المقرر عندهم، اذ يبعد حصول الثواب بلانية مع ظهور أن الآية والخبر والاجماع اعتبار النية، ومعلوم عدم اعتبارهم على الوجه المذكور هنا، كما مر، وحينئذ لا بد من اعتبارها في الجملة، وهو كونه فاعلاً لامر الله به واداء واجبه او مرغوبه، لا للرياء ونحوه، ويكفي حصول ذلك في الجملة، وإن لم يكن حال الفعل مخطوئاً بالبال، ولهذا يصح السلام ورده وتسمية العاطس وقضاء الحوائج وادخال السرور وغيرها مما لا يحصى على المؤمن والتصافح وغير ذلك من الاطعام.

والثالث يحصل بها الثواب العظيم من غير شرطية النية، على ما ذكره على

الظاهر، وبالجملة هذا ظني، ولم يغن من الجوع.

ثم ذكر (١) الأخبار الكثيرة من العامة والخاصة الدالة على الهدية مثل ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام، لأن أهدي إليّ اخ (الأخي - خ) مسلم هدية لتفقه (تتفقه - خ) (فتتفقه - خ) أحب إليّ من أن تصدق بمثلها (٢). هذه تدلّ على مغايرة الهدية للتصدق وكونها أفضل منه. ومن طريق العامة وقال عليه السلام: تهادوا فإن الهدية تذهب الضغائن (٣). ويدلّ على استحباب الهدية إلى بضاعته، ويجوز له القبول والتصرف فيه. ومن طريق الخاصة عن الصادق عليه السلام، تهادوا تهابوا (٤). وعن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: لو دعيت إلى كراع لأجبت ولو أهدي إليّ كراع لقبلت (٥). وهما من طريق العامة، ويدلّ على استحباب قبولها، ويدلّ عليه غيرها. وقال عليه السلام عد من لا يعودك وأهد إلى من لا يهدي لك (٦). وهذه تدلّ على كمال الاعتبار واستحباب الملائمة وحسن الخلق. وقال الصادق عليه السلام: الهدية ثلاثة هدية مكافاة، وهدية مصانعة وهدية لله عز وجل (٧).

(١) يعني العلامة في التذكرة: ج ١ ص ٤١٥.

(٢) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ٤. وفيه لأن أهدي لأخي المسم هدية تفقه الخ ج ١٢ ص ٢١٣.

(٣) الوسائل الباب ٨٨ حديث ٥ - ٦ - ١٨ من أبواب ما يكتب به ج ١٢ ص ٢١٣ - ٢١٤ ومن طريق الخاصة ما يقرب هذا المصنوع راجع الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ٥.

(٤) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ٥ و ١٠.

(٥) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ١٣.

(٦) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ١٦.

(٧) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ١.

وهذه تدل على عدم التقرب في الهدية مطلقاً ، ولا منافاة بينهما وبين التصديق ، وهذا ما اعتبر عدم هدية أحدهما إلى الآخر صريحاً ، ويمكن المناقاة باعتبار التمثيم وعدمه فتأمل .

ثم قال : وقد اجمع المسلمون كافة على استحبابها أي الثلاثة على الظاهر .
ثم قال : الهبة هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكاً منجزاً مجرداً عن القرية .

وهذا صريح فيما تقدم أي الاستحباب مع عدم اعتبار النية فافهم .
ثم قال : فقولنا : العقد جنس بعيد شامل لجميع العقود ، وقولنا : المقتضي تمليك العين يخرج منه الاجارة والعارية ، فإن الاجارة تقتضي تمليك المنافع لا تمليك العين (تمليكها - خ) والعارية تقتضي اباحة المنافع لا تمليك العين وقولنا من غير عوض يخرج عنه البيع ، فإنه يقتضي تمليك العين لكن مع العوض ، ويزيد (ويريد - خ) أن العوض لا يكون لازماً ، لانقضاء العوض (العوض - خ) ليدخل في الهبة الموضوعة عنها والتنجيز لا تمام الحدود ، والتجرد عن القرية لتخرج الصدقة (١) .
وانت تعلم أنه يدل على كون الهبة لا بد أن تكون عقداً ، فلا بد له من إيجاب وقبول ، كما سيصرح ، وأن ما ذكره يقتضي كون العقد أعم لاجنس بعيد ، وأن اخراج الصدقة - مع جعلها قسماً من الهبة فيما سبق - غير مناسب ، فكأنه يريد الأخص ، ولكن كان ينبغي اخراج الهدية أيضاً ، فكأن الهبة أعم من الهدية ، ففعل هذا معنى ثالث للهبة ، وأن هذا هو الثاني ، وليس ما ذكرنا أنه اطلاق خاص ثانياً ولا اطلاقاً ، إذ ليس بصريح عدم (عدمه - خ) كلامهم ، نعم كان يتراءى من ظاهر

(١) عبارة بتذكرو هكذا ويزيد أن العوض لا يكون لازماً لانقضاء العوض ليدخل في الحد الهبة العوض

عنها ، والتنجيز لا تمام الحد الخ راجع التذكرة : ج ٢ ص ٤١٥ .

ولا بد فيها من ايجاب، مثل وهبتك وملكتك وكل لفظ يقصد

التذكرة وغيره، والأمر في ذلك هين.

ويحتمل ان يقال: المنجزة لاخراج الوصية، اذ قد يكون عقداً، ويقال انها عقد، فتأمل.

واعلم أن الصدقة ايضاً لها اطلاقان عام وخاص، والعام هو الاعطاء لله عز وجل، فيدخل الزكاة الواجبة والمندوبة والوقف والابراء وغيرها فيها، والخاصة هو الاعطاء المتبرع بها عن غير نصاب، قاله في الدروس، بل هي ايضاً عقد يقتضي ذلك، بناء على تقسيم الهدية بالمعنى الاعم اليها مع كونها عقداً، فلا بد له ايضاً من ايجاب وقبول، بناء على كونه داخلياً في جنس هذا التعريف، وخارجياً بالقييد الأخير.

ولكن الظاهر أنه لا يشترط فيه الايجاب والقبول، بل لا يحتاج الى لفظ، ويكفي النية، فانه عبادة وقربة، كما في الزكاة وغيرها بالجملة، وان قيل باعتبارها فيما لا يقول احد باعتبارها في كل افرادها حتى الزكاة الواجبة والمستحبة، نعم يعتبر في بعض افرادها مثل الوقف فتأمل.

ثم اعلم أن ظاهر كلامهم الاتفاق وعدم الخلاف في أن الهبة عقد لازم وأنه لا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين عربيين، والمقارنة وسائر ما يشترط في العقود اللازمة.

قال في التذكرة: الهبة عقد يفترق الى الايجاب والقبول باللفظ، كالبيع وسائر التمليكات (١) وأما الهدية فذهب قوم من العامة الى أنه لا حاجة فيها الى الايجاب والقبول اللفظيين الخ.

ثم قال: الايجاب هنا كل لفظ يقصد به تمليك العين بغير عوض، ولفظ

(١) حكاه في التذكرة، وفي جميع النسخ التملكات.

به التملك ، وقبول صادرين عن أهلها.

وشرطها القبض باذن الواهب، فلو مات احدهما قبله بطلت،
ويكفي القبض السابق، وقبض الأب والجد عن الطفل، ويسقط لو
وهبها مالهما، وتعين الموهوب، وان كان مشاعاً، ولو وهب الدين لمن
(هو-خ) عليه فهو ابراء، ولا يفتقر الى القبول، ولو وهبه لغيره لم يصح
ومع الاقباض لا يصح الرجوع ان كانت لذي رحم، (الرحم-خ) والآ
جواز، ما لم يتصرف المتهب او يعوض او يتلف العين، وفي الزوجين
خلاف، وهن ينزل موت المتهب منزلة التصرف (فيه-خ) اشكال،
ويحكم بالانتقال بعد القبض، وان تأخر، فالتناء المنفصل قبله للواهب،
ولو رجع بعد العيب فلا ارش، والزيادة المتصلة للواهب، والمنفصلة
للمتهب ويستحب (تستحب-خ) العطية لذي الرحم، ويتأكد في
العمودين، والتسوية فيها.

ولو باع بعد الاقباض للأجنبي صح، على رأي، ولو كانت
فاسدة صح اجماعاً وكذا لو باع مال مورثه معتقداً بقاءه.
ولو أنكر الاقباض قدم قوله، وان اعترف بالتمليك، مع الاشتباه.

الصريح فيه وهبتك واهديت لك، واعطيتك، وهذا لا بد فيه من لفظ صريح، ولا
يكفي الكنايات فيه كالبيع، عملاً بالاستصحاب، والقبول كل لفظ يدل على
الرضا بالتمليك، كقوله: قبلت ورضيت وما يشابهه (ماشابهه-خ) ولا بد من ان
يكون العقد منحزاً، فلو علقه على شرط لم يصح، كالبيع، ويجب (١) ان يكون القبول

(١) هكذا في النسخة، وفي جمع النسخ، ولا يجب، والقواب ما في النسخة.

عقيب الايجاب، فلا يجوز التأخير عنه، بل يعتبر التواصل، كما في البيع، وليتم
القبول جواباً لذلك الايجاب النخ (١).

وقال في القواعد: ولا بد فيه من ايجاب وقبول، اذ لا يكفي فيه المعاوضة
والافعال الدالة على الايجاب، نعم يباح التصرف، والهدية كالهبة في الايجاب
والقبول، ولا يصح تعليق العقد ولا موجهه ولا تأخير القبول عن الايجاب بحيث يخرج
عن كونه جواباً.

وقال في الشرائع: وهي تفتقر الى الايجاب والقبول، وقال في شرحه اعتبر
فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من الايجاب والقبول القوليين العربيين وجوابه القبول
للايجاب، بحيث يمتد جواباً النخ.

وبالجملة صريح كلامهم ذلك، ولعل دليلهم الاجماع مستنداً الى اصل
بقاء المال على ملك المالك (٢).

(١) التذكرة، ج ٢ ص ٤٦٥.

(٢) في النسخة المطبوعة الى اصل بقاء المال على ملك.

تم الجزء العاشر من كتاب «مجمع العائدة والبرهان»

في شرح إرشاد الأذهان

حسب تخرّثنا

والحمد لله أولاً وآخراً وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

في شعبان المعظم ١٤١٦

من الهجرة النبوية على مهاجرها آلاف الشفاء والتحية

الحاج آغا مجتبی العراقي الحاج الشيخ علي بنه الاشتياردی

الحاج آغا حسين اليزدي الاصفهاني

عفا الله عنهم

بحق النبي وآله ائمتهم صلوات الله عليهم

آمين



مرکز تحقیقات و پیرامون علوم اسلامی

شهرس ما في هذا الجزء

كتاب الإجارة

المقصد الأول في الإجارة

تعريف الإجارة ووجه ترك المصنف تعريفها
وفيه مطلبان:

الأول: شرائط الإجارة

- ٦ (١) الصيغة وكيفية وانها من العقود اللازمة
- ٩ لا يكفي ملكك إلا أن يقول: ملكتك سكنها
- ١٠ اشترط جواز تصرف المتعاقدين
- ١١ (٢) ملكية المنفعة إما منفردة أو بالتبعية
- ١٢ (٣) العلم بالمنفعة إما تقديرأ أو بالمدة
- ١٣ حكم صلي الاجير الخاص للغير
- ١٤ كدية تعيين مبدأ المدة مطلقاً
- ١٥ حكم ما لو لم يعين مبدأ المدة
- ١٦ تمتد المنفعة بالعقد كالأجرة
- ١٧ حكم ما إذا ستم العين ومصبي مدة يمكنه الاستيعاء أو زال ألم الصرس
- ١٨ حكم ما لو استأجر ارضاً للزراعة مع عدم قطع الماء عنها
- ١٩ اشترط تعيين المحمول والسير ومنتهى السفر
- ١٩ يلزم على المؤجر كلما يتوقف انتفاع المستأجر
- ٢١ اشترط مشاهدة الصبي المرتفع

- ٢١ جواز استئجار الأرض لتعمل مسجداً
- ٢٢ جواز استئجار الدراهم والدنانير
- ٢٢ حكم مالوزاد المحمول عن المقرر
- ٢٣ حكم مالوقال: آجرتك كل شهر يكذا
- ٢٤ حكم مالوقال: إن حظه فارسياً قدرهم ورومياً قدرهمان
- ٢٥ (٤) العلم بالاجرة
- ٢٦ حكم مالواطلق الاجرة من حيث المدة
- ٢٧ حكم مالواطلق المنفعة
- ٣١ حكم مالووجد المستأجر بالعين عيباً
- ٣٢ هل يجوز أن تؤجر ما استأجره بأكثر؟
- ٤٣ هل يجوز أن يؤجر ما استأجره مع التساوي جنساً قبل أحداث الحدث؟
- ٤٤ حكم مالوشرط المستأجر أن لم يحمله الى الموضع المعين في الوقت المعين
- ٤٧ يستحق الاجير الاجرة بالعمل
- ٤٩ كل موضع يبطل فيه العقد تثبت فيه اجرة المثل
- ٥٣ يكره استعمال الاجير قبل المقاطعة
- ٥٧ (٥) اباحة المنفعة
- ٥٨ (٦) قدرة المؤجر على تسليم المنفعة
- ٥٩ حكم مالومنع المؤجر المستأجر من التسليم
- ٦٠ حكم مالومنع المستأجر ظالم عن الانحاع
- ٦٠ حكم مالوانهدم للسكن قبل تمام المدة

الثاني: في الأحكام

- ٦٢ الإجارة عقد لازم من الطرفين
- ٦٤ عدم بطلان الإجارة بموت المؤجر أو المستأجر
- ٦٦ عدم بطلان إجارة العبد بعته

- ٢٧ حكم مالو آجر الولي الطفل ثم بلغ
- ٢٧ نصح إجارة كل ماتصح إعارته
- ٢٧ صحة إجارة المشاع
- ٢٨ المستأجر أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو... إلح
- ٢٩ هل يجوز اشتراط الضمان على المستأجر؟
- ٧٠ صحة خيار الشرط في الإجارة
- ٧٠ حكم مالو وجد المستأجر عيباً في العين
- ٧١ لو أهمل المستأجر في سقي الدابة فتلفت ضمن
- ٧١ حكم مالو اختلفا في قيمة العين التالفة
- ٧٢ يضمن الصانع اذا تلف أو نقص ما في يده
- ٧٦ لا يضمن الملاح والمكاري اذا تلف ما بيده
- ٧٦ ما يفسده المملوك ضمانه على مولاه
- ٧٧ عدم ضمان صاحب الخدم المتاع إلا بالتفريط
- ٧٩ نفقة الأجير المنفذ في لحوائج على المستأجر
- ٨٣ لا يضمن المستأجر لو تسلم العبد مطلقاً
- ٨٤ حكم ما لو اختلف في أصل الإجارة
- ٨٤ حكم ما لو اختلف في قطعة قباء أو قبصاً
- ٨٥ كلما يتوقف استيفاء المنفعة فعلى المؤجر
- ٨٦ عدم جواز عدول المستأجر عما شرط له
- ٨٨ انفساخ الإجارة لو تلفت العين المستأجرة
- ٨٩ جواز إركاب الغير إلا مع التخصيص
- ٩١ جواز إجارة المستأجر العين المستأجرة

المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة

وفيه مطلبان:

الأول: في المزارعة

- ٩٣ بيان ماهية المزارعة
- ٩٤ بيان الدليل على صحة عقد المزارعة
- ٩٥ بيان الدليل على لزوم عقد المزارعة
- ٩٦ كيفية عقد المزارعة
- ٩٩ عدم بطلان المزارعة إلا بالتفاسخ
- ٩٩ شرط المزارعة شياع النماء
- ١٠٠ عدم جواز إجارة الأرض بمحظة منها
- ١٠٣ حكم مالو مضت المتفرع والزرع واق
- ١٠٥ حكم مالو شرط في العقد تأخير الزرع إن بقي بعدها
- ١٠٥ حكم مالو زرع على مالا ماء له
- ١٠٧ حكم مالو انقطع الماء في الأثناء
- ١٠٨ له زرع ماشاء مع الاطلاق
- ١٠٩ حكم مالو زرع الأرض متاعين
- ١١٠ اشتراط تعيين كل من الزرع والغرس
- ١١٠ للعامل المشاركة وإن يعامل غيره
- ١١١ بوشط التحصيل لم يحز التعدي
- ١١١ حكم مالو اختلفا في مقدار المدة
- ١١٢ حكم مالو اختلف في العارية وعدمها
- ١١٣ حكم مالو ادعى المالك العصب
- ١١٣ الخراج على المالك

- ١١٤ للمالك اجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة
 ١١٤ حكم الخرص
 ١١٨ يكفي في صحة المزارعة كون أحد الامور الاربعة من أحدهما والثاني من الآخر

الثاني: في المساقاة

١- في الأركان

- ١٢٠ بيان ماهية المساقاة
 ١٢٢ بيان صيغة المساقاة
 ١٢٣ دليل لزوم المساقاة
 ١٢٣ صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة وبعده
 ١٢٤ بيان محل المساقاة
 ١٢٦ حكم مالو ساقاه على ودعي غير مفروس
 ١٢٧ بطلان المساقاة لو قدر العمل بمدة لا يثمر فيها
 ١٢٨ اشتراط تعيين المدة
 ١٢٩ اشتراط شياع الفائدة
 ١٢٩ جواز اختلاف الحصة من الأنواع
 ١٣٠ كراهة اشتراط ذهب أو فضة مع الحصة
 ١٣١ حكم مالو احتنف فيما سقت السماء أو بالناضح

٢- في الأحكام

- ١٣٢ بيان مقتضى طلاق لعقد
 ١٣٥ لو شرط على العامل ما لا يلزم عليه لزم
 ١٣٥ لو شرط العمل كله على المالك بطل
 ١٣٥ لو شرط أن يعمل غلام المالك معه جاز
 ١٣٦ لو شرط العامل على المالك اجرة الأجراء

- ١٣٦ للعامل اجرة المثل مع فساد المساواة
 ١٣٧ حكم ما لو ساقاه الاثنان واختلفا في النصيب
 ١٣٨ حكم ما لو ساقاه على بستان
 ١٤١ حكم ما لو اختلفا في الحثانة
 ١٤٢ ليس للعامل أن يساقى غيره
 ١٤٢ الخراج على المالك الآ مع شرط الخلاف
 ١٤٣ تمتد الفائدة بالظهور
 ١٤٣ المغارسة باطلة

المقصد الثالث

في الجمالة

- ١٤٥ صحة الجمالة على كل عمل لمقصود محلل
 ١٤٦ أركان الجمالة أربعة (١ و ٢) الصيغة - العاقلة
 ١٤٧ (٣) العمل
 ١٤٨ (٤) الجمل
 ١٥١ حكم ما لو جهل الجمل
 ١٥٢ من شرائط العامل إمكان العمل منه
 ١٥٢ حكم المتبرع جاعلاً وعاملاً
 ١٥٣ استحقاق الجمل بتسليم العين
 ١٥٣ الجمالة عقد جائز
 ١٥٤ يعمل بالمتأخر من الجماليتين
 ١٥٥ لو حصلت الضالة في يده قبل الجمل
 ١٥٥ لروم تسليم الاجرة بعد العمل
 ١٥٦ لو استدعى الرد مع عدم بذل اجرة فلا شيء
 ١٥٧ حكم ما لو جعل شيئاً للراثة فردّه جماعة

- ١٥٨ حكم لو جعل لكل جعلاً مخالفاً للآخر
 ١٥٩ حكم مالتوتبرع أحد مع المجموع له الاحرة
 ١٦٠ حكم مالتو اختلاف الجاعل والمجموع له

المقصد الرابع في السبقة والرماية

- ١٦٣ صفة هذا العقد ثبت بالصن والإجماع
 ١٦٦ صفة المسابقة في جميع أقسام النشاب
 ١٦٨ حكم السبق بالأقدام والمصارعة وغيرها
 ١٧١ هل يحتاج عقد المسابقة الى القبول ؟
 ١٧٣ شرائط المسابقة
 ١٧٧ شرائط عقد الرمي نفياً وإثباتاً
 ١٨٠ صفة الرهانة على التباعد وبذل الاجبي الموض
 ١٨١ جواز جعل الموض للسابق
 ١٨١ جملة من فروع المسابقة
 ١٨٥ حكم مالتو شرطاً المباذرة أو المحاطة
 ١٨٧ حكم مالتو فسد العقد أو خرج الموض مستحقاً للمير

المقصد الخامس في الشركة

- ١ - الشركة عقد جائز من الطرفين
 ١٨٩ بيان ماهية الشركة
 ١٩٠ الشركة من العقود الجائزة
 ١٩١ لو شرط الاجل بشر المنع من التصرف إلا بإذن جديد
 ١٩١ بيان أقسام الشركة وحكم كل واحد

- ١٩٨ الربح والخسران على قدر رأس المال
 ٢٠٠ عدم جواز أحد الشريكين إلا بإذن شريكه
 ٢٠١ للشريك الرجوع في الاذن ومطالبة القسم
 ٢٠٢ ليس لشريك مطالبة الانضاض
 ٢٠٢ الشريك أمين لا يضمن بدون التعدي
 ٢٠٣ حكم مالودفع اثنان دابة وراوية على الشركة
 ٢٠٤ حكم المشاركة مع الكفار
 ٢٠٥ حكم مالوباعا سلعة صفقة وقبض أحدهما نصيبه

٢. في القسمة

- ٢١٠ بيان ماهية القسمة
 ٢١١ مطالبة القسمة لانتفاء الضرر
 ٢١٣ لا يصح قسمة الوقف
 ٢١٤ هل يشترط وجود قاسم من الملاك؟
 ٢١٦ استحباب نصب قاسم عادل عارف بالحساب
 ٢١٧ اجرة القاسم من بيت المال
 ٢١٧ كيفية القسمة في المثلي والقبلي
 ٢١٨ صحة القسمة للمشتملة على الرد
 ٢١٩ كيفية قسمة الثياب والمساكن ونحوها
 ٢٢٣ حكم مالواذعى أحدهما الغلط
 ٢٢٤ حكم مالوظهر استحقاق البعض

المقصد السادس

في المضاربة

- ٢٢٧ دليل صحة المضاربة
- ٢٢٨ أركان المضاربة خمسة (١) العقد
- ٢٣٠ (٢) المتعاقدان
- ٢٣٤ (٣) رأس المال
- ٢٣٥ (٤) عمل العامل
- ٢٣٩ (٥) الربح
- ٢٤٠ المضاربة من العقود الجائزة
- ٢٤١ عدم لزوم الأجل
- ٢٤١ عدم جواز تعدي العامل عما أذن له
- ٢٤٢ حكم ما إذا أطلق المالك الاذن
- ٢٤٥ حكم ما لو اشترى العامل في الذقة
- ٢٤٥ بطلان المضاربة بموت كل واحد منها
- ٢٤٦ الانفاق من الأصل
- ٢٤٧ عدم صحتها إلا بالأثمان
- ٢٤٩ صحة المضاربة بأموال المصوب لمالكه
- ٢٤٩ العامل أمين قوله في التلف
- ٢٥٠ اشتراط الشيع في الربح
- ٢٥١ لو شرط اخراج معين من الربح والباقي بالشركة بطل
- ٢٥١ اشتراط تعيين حصة العامل
- ٢٥١ حكم ما لو قال: الربح بيننا
- ٢٥٢ لو شرط حصة لفلان صح
- ٢٥٢ حكم ما لو جعل حصة لغير مملوك العامل
- ٢٥٤ يملك العامل حصته بالظهور
- ٢٥٥ صحة عقد المضاربة من المريض في مرض موته
- ٢٥٦ حكم ما لو اختلفا في أصل القراض أو في خصوصيات المضاربة

- ٢٥٧ حكم ما لو اشترى العامل أب المالك
 ٢٥٨ حكم ما لو اشترى العامل زوج المالكة
 ٢٥٩ حكم ما لو اشترى العامل أب نفسه
 ٢٥٩ حواز وطء الجارية المشتراة للعامل
 ٢٦٢ جواز أخذ التالف من رأس المال من الربح
 ٢٦٤ حكم أخذ المالك جزء من رأس المال بعد الخسران
 ٢٦٥ حكم ما لو اشترى المالك بعين رأس المال فتلف الثمن
 ٢٦٦ حكم ما لو فسخ المالك عقد المضاربة
 ٢٦٩ صحة مضاربة العامل مع آخر بإذن المالك
 ٢٧٠ كل موضع تصد المضاربة فالربح للمالك وعليه الاجرة

المقصد السابع

في الوديعة

- ٢٧٢ بيان ماهية الوديعة في عرف الفقهاء
 ٢٧٤ هل يستحب قبول الوديعة؟
 ٢٧٦ الوديعة من العقود الجائزة أو إذن خاص
 ٢٧٩ وجوب حفظ الوديعة على الودعي
 ٢٨٤ حكم ما لو طرحها عنده هل يجب حفظها؟
 ٢٨٥ وجوب سقي الدابة وعلفها إذا كانت وديعة
 ٢٩٤ حكم ما لو أهمل في الحفظ
 ٢٩٥ وجوب الاقتصار على ما عيَّنه المالك
 ٢٩٨ حكم النقل إلى الأحرز
 ٣٠٠ المستودع أمين لا يضمن بدون التفريط
 ٣٠٢ عدم صحة وديعة غير الرشيد
 ٣٠٦ حكم السفر بالوديعة

- ٣٠٨ حكم مالمو أنكر الوديعه
 ٣٠٩ يبرأ الودعي بالرد الى المالك
 ٣١١ حكم ما لو أراد السفر فدفنها
 ٣١٣ حكم مالمو ادعى الودعي الاذن في الدفع الى غير المالك
 ٣١٤ حكم إنكار أصل الوديعه
 ٣١٥ حكم ما لو سلمها الى زوجته
 ٣١٥ حكم مالمو أخر دفع الوديعه مع المطالبة
 ٣١٧ حكم مالمو طرحها في غير الخرز
 ٣١٨ حكم ما لو سافر بها مع الأمن أو الخوف
 ٣٢٣ حكم مالمو ليس الثوب أو ركب الدابة
 ٣٢٩ حكم مالمو خلطها بماله
 ٣٣٠ حكم مالمو حمل الدابة المستأجرة أثقل مما قرر
 ٣٣١ حكم مالمو فتح قفل المالك وأخذ
 ٣٣٢ حكم مالمو مزجه
 ٣٣٤ وجوب الاشهاد على الوديعه لو خاف الموت
 ٣٣٩ حكم مالمو مات الودعي ولم توجد الوديعه
 ٣٤١ وجوب رد الوديعه على المالك لا الغاصب
 ٣٤٣ جواز الحلف على عدم وجود الوديعه عنده لو طلبها الغاصب
 ٣٤٤ حكم مالمو مات المودع المالك

المقصد الثامن

في العارية

- ٣٤٧ بيان ماهية العارية وانها جائزة
 ٣٥٥ أركان الوديعه أربعة (١) المعير
 ٣٥٦ (٢) المستعير

٣٥٨	(٣) المستعار
٣٦٠	(٤) الصيغة
٣٦٣	إنما تصح العارية من جائز التصرف
٣٦٣	صحة إعادة الطفل مع إذن الولي
٣٦٤	كل ماصح الانتفاع به مع بقائه صح اعارته
٣٦٤	يقتصر المستعير على المأذون
٣٦٦	يصح إعارة الشاة للحلب
٣٦٨	صحة اعارة الجارية للخدمة
٣٧٠	ينتفع المستعير بما جرت به العادة
٣٧١	حكم ما لو نقص عن العين بالاستعمال
٣٧٤	صحة شرط الضمان
٣٧٥	استعارة المحرم للصيد موجبة للضمان
٣٧٦	استعارة انذهب والفضة موجبة للضمان إلا أن يشترط سقوطه
٣٧٧	حكم ما لو استعار المحل صيداً من المحرم
٣٧٨	حكم ما لو رجع على المستعير من العاصب جاهلاً
٣٨٠	حكم ما لو رجع المعير على الفاصب
٣٨١	حكم ما لو أذن في الزرع أو الغرس
٣٨٢	لو أذن المعير في دفن الميت لم يكن له قلمه
٣٨٤	حكم ما لو أذن له في وضع الخشبة ثم رجع
٣٨٥	حكم ما لو انقلعت الشجرة في الأرض المستعارة
٣٨٦	ليس للمستعير الاعارة
٣٨٦	حكم ما لو تلفت العين المعارة
٣٨٧	إذا جحد المستعير هل يضمن؟
٣٨٧	حكم ما لو اختلفا في القيمة
٣٨٨	حكم ما لو اختلفا في الاعارة والاجارة

المقصد التاسع في اللقطة

وفيه مطلبان:

الأول: المحل الملقوط

٣٩٢	بيان المراد من اللقطة
٣٩٣	بيان المراد من اللقيط
٣٩٤	يشترط الصغر في اللقيط
٣٩٥	انقضاء الأب أو الجد أو الملتقط
٣٩٧	اشتراط حرته المنتقط وبلوغه وعقله
٣٩٩	هل يشترط اسلام الملتقط للقيط
٣٩٩	هل تشترط عدالته؟
٤٠٢	لو أذن المولى لملوكه الالتقاط صح
٤٠٢	لا فرق بين القروي والبدوي في المقام
٤٠٣	حكم أخذ المملوك المميز
٤٠٣	شرائط التقاط الحيوان
٤٠٧	عدم جواز لتقاط ما يجمع من نفسه
٤٠٨	لا يشترط في الآخذ سوى الآخذ
٤٠٨	اشتراط المالية في الملتقط وأهلية الاكتساب في الآخذ
٤٠٨	وجوب تولي التعريف على ولي الطفل والمجنون
٤٠٨	حكم مالهو التخط العبد

الثاني: في الأحكام

٤٠٩	وجوب أخذ اللقيط على الكفاية
-----	-----------------------------

- ٤٠٩ الحكم بحرية اللقيط واسلامه في غير بلاد الشرك
- ٤١٥ عاقلة العبد الملقوط الامام عليه السلام
- ٤١٦ يستعين المنتقط في النفقة بالسلطان
- ٤١٩ حكم مالمو تعذر الحاكم
- ٤٢١ حكم ما يوجد مع العبد الملقوط
- ٤٢٣ ليس للمنتقط التصرف في مال اللقيط
- ٤٢٤ حكم مالمو قذف أحد اللقيط
- ٤٢٥ حكم مالمو ادعى بنوة اللقيط
- ٤٢٧ يصلى المنتقط في قدر الإنفاق
- ٤٢٨ حكم مالمو تشاخ ملتقطا الصبي
- ٤٢٩ حكم مالمو تداعيا بنوة صبي
- ٤٣١ يملك أخذ البعير إذا تركه صاحبه من جهد
- ٤٣٤ يتخير أخذ الشاة من الفلاة من الخ
- ٤٣٩ حكم مالمو أخذ الشاة في العمران
- ٤٤١ حكم مالمو أخذ الحيوان البعير الممتنع في الفلاة
- ٤٤٣ حكم مالمو انتمع المنتقط بمنافع الملقوط
- ٤٤٥ حكم لقطة غير الحرم
- ٤٤٥ عدم اشتراط المباشرة في التعريف
- ٤٤٥ حكم أخذ اللقطة بقصد الحفظ
- ٤٤٩ جواز أخذ مادون الدرهم
- ٤٥١ هل يعتد في التملك النية؟
- ٤٥٢ حكم تملك لقطة الحرم
- ٤٥٥ وجوب تعريف اللقطة في موضع وجوبه
- ٤٥٦ كيفية التعريف
- ٤٥٩ مكان التعريف بجميع الناس

- ٤٦٠ حكم مالوجاء صاحب اللقطة هل يجوز اعطاؤها بمجرد التوصيف؟
- ٤٦٤ هل يجب رد العين إذا كانت أقل من الدرهم؟
- ٤٦٦ حكم تصدقها مع الضمان
- ٤٦٨ حكم حفظها أمانة
- ٤٦٩ حكم ما إذا التفت في غير الحرم مالا يبقى
- ٤٧٠ كراهة أخذ اللقطة والضوال مطلقاً
- ٤٧٢ شدة الكراهة فيما تقل نفعه وتكثر فائدته
- ٤٧٥ حكم لمدفون في أرض لا مالك لها
- ٤٨١ حكم مالو وجد شيئاً في داره أو صدوقه
- ٤٨٢ لا يملك اللقطة إلا بعد التعريف حولاً
- ٤٨٣ لونهى التملك أو التعدي ضمن
- ٤٨٤ الزيادة مطلقاً للمالك
- ٤٨٥ حكم وجوب رد العين بعد التملك إذا جاء صاحبها
- ٤٨٦ عدم ضمان المولى بتفريط العبد
- ٤٨٦ هل يجوز الدفع بالوصف؟
- ٤٨٧ حكم مالو تملك بعد الحول ثم دفع العين الى المتعدي
- ٤٨٩ بعض فروع اللقطة

المقصد العاشر

في النصب

- ٤٩١ بيان ماهية النصب
- ٤٩٣ حرمة النصب بالكتاب والسنة والإجماع
- وفيه مطلبان:

الأول: أسباب الضمان

٤٩٥

(١) مباشرة الاتلاف

(٢) التسبب مع أمثله

٤٩٦

حكم مالو اتفق المباشرة والسبب

٥٠١

حكم مالو ارسل في ملكه ماء أو أجاج ناراً

٥٠٢

(٣) الغصب أو وضع اليد

٥٠٢

لو سكن الضعيف أو أسكن غيره فهو غصب

٥٠٤

حكم مالو مده بمقود الدابة

٥٠٦

بيان المراد بمده مقود الدابة

٥٠٩

حكم ما لو ساق الدابة ولا جاح

٥٠٩

حكم مالو جلس على خشب الغير فهل هو كركوب دابته؟

٥١٠

غصب الحامل غصب الحمل

٥١١

لا يضمن الخرب بالغصب ولو كان صغيراً

٥١١

حكم ما لو تلف الصغير المنصوب بلدغ

٥١٢

حكم مالو استخدم الحر تحت كفة مير علي

٥١٣

حكم مالو استأجره لعمل فأعقله

٥١٤

حكم تعاقب الأيادي في الغصب

٥١٦

الثاني: في الأحكام

وجوب رد العين ولو مع التعسر إلا ما استثنى

٥٢٠

عدم ضمان تفاوت السوق مع الرد

٥٢١

ضمان المثل أو القيمة مع التلف وبيان تعريفها

٥٢٢

إذا تعذر رد العين فقيمته وقت الدفع

٥٢٧

يضمن الأصل والصنعة وإن كان ربوياً

٥٢٩

ضمان أعضاء الدابة بالارث

٥٣٠

بهيمة القاضي كغيرها

٥٣٢

حكم مالو تلف العبد أو الأمة

٥٣٢

حكم مالو قتل العبد أجنبي

٥٣٢

- ٥٣٣ حكم مالو قتل العبد المفسوب
- ٥٣٤ مقدار الحر مقتدر في العبد في الضمان
- ٥٣٥ حكم مالو استوعبت قيمته بالتلف
- ٥٣٦ حكم مالو زادت قيمة المفسوب بنحو الخصي
- ٥٣٧ لا يملك العين المفسوبة بتغير الصفة
- ٥٣٨ يملك القيمة لو دفعها اليه بتعذر العين
- ٥٣٩ حكم مالو غصب الحقيق أو أحدهما فتلف
- ٥٤٠ حكم مالو أطعم الغاصب غيره ما غصبه
- ٥٤١ الغاصب ضامن للأجرة مدة غصبه
- ٥٤١ حكم نقص المائعات بالغصب
- ٥٤٢ حكم مالو زادت العين بفعل الغاصب
- ٥٤٢ حكم مالو صبغ المفسوب
- ٥٤٤ لو مزجه لمثل تشاركه فحكم ما لو كان بالأجود
- ٥٤٥ النماء المتجدد مضمون
- ٥٤٦ حكم مالو علم الغاصب المفسوب صنعة
- ٥٤٦ حكم مالو وطأ الغاصب الأمة المفسوبة وحكم ولدها
- ٥٥١ لو سقط ولد الأمة المفسوبة ميتاً فعل الغاصب الارش
- ٥٥١ حكم مالو سقط الولد بجنابة أجنبي
- ٥٥٣ حكم مالو صار العبير المفسوب خراً
- ٥٥٣ حكم مالو غصب أرضاً ففرسها
- ٥٥٣ حكم جنابة المفسوب
- ٥٥٤ وجوب إعادة المفسوب لو نقله
- ٥٥٤ حكم اختلاف الغاصب والمفسوب منه
- ٥٥٧ حكم مالو باع الغصب حال الغصب ثم انتقل اليه

كتاب العطايا

- ٥٦٠ الهبة لها اطلاقان (١) العطية
- ٥٦٠ (٢) الهدية
- ٥٦٠ هل يعتبر في الهدية أن يكون بين المهدى والمهدى اليه رسول؟
- ٥٦١ الفرق بين الهبة بالمعنيين وبين الصدقة
- ٥٦٢ استحباب الثلاثة
- ٥٦٣ الهبة المقرونة بالقرية موجبة للثوب
- ٥٦٤ ذكر الأخبار الدالة على استحباب الهدية
- ٥٦٦ في أن الصدقة أيضاً لها اطلاقان
- ٥٦٦ الهبة عقد يفترق إلى إيجاب وقبول
- ٥٦٧ شرط الهبة القبض



مركز تحقيق ونشر علوم إسلامي

